Widerklage aus Eigentum im Besitzprozesse.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Kurt Sternberg

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Römisches Recht 10
I. Besitzprozeß.
A. Possessorische Interdikte.
B. Possessorische Aktionen, Kondiktionen, prätorische Restitution 21
II. Wesen des Besitzschutzes 25
III. Wesen und Zulässigkeit der Widerklage im römischen Zivilprozesse 28
IV. Geltendmachung des Eigentumsanspruches . . . 34
V. Actio Publiciana 38
§ 3. Deutsches Recht 41
§ 4. Gemeines deutsches Recht 45
I. Possessorium summariissimum und ordinarium.
II. Actio spolii 50
III. Actio Publiciana 56
§ 5. Geltendes Recht. 56

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 15: Joel, Erl. zu den Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 37, 71, 63.

Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Rechte. 1864.

van Bemmelen, Le système de la propriété mobilière. Paris 1887.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. 1880.

Bekker, Besitz beweglicher Sachen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 34.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. 1873.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 1. 1886.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.

Brinz, Pandekten. Bd. 1. 2. Aufl.

Bruns, Die Besitzklagen des römischen heutigen Rechts. 1874.

Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1884.

Büchel, Über die Natur des Besitzes. 1868.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 1902.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. 1868.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3. 1904.

Duncker, Die Besitzklage und der Besitz. 1884.

Eck, Die sogen. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870.

Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio. 1871.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1900.

Endemann, Der deutsche Zivilprozeß. Bd. 1. 1878.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Lieferung 1. 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 11, 21, 23, 25.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 6. Aufl.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 1879.

Förster, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1886.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 1 1887, Bd. 3 1883.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. u. 9. Aufl.

Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust. 4. Heft der Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Leonhard. 1901.

Gärtner, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1904.

Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. 1895.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. 1905.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 3. Teil, 1. Abteilung. Serie der Bücher 43 u. 44 1. Teil. 1889.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 1886.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1 1885, Bd. 2 1886.

Homeyer, Der Sachsenspiegel. Bd. 2. 2. Teil. 1884.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Festschrift. Bern 1894.

Huschke-Gaius, Beiträge zur Kritik und zum Verständnisse seiner Institutionen. Leipzig 1855.

Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes. 1869.

Jherings Jahrbücher. Bd. 35, 38 S. 360.

Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 34.

Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1. Aufl. 1901.

Keller in der Juristischen Wochenschrift. 1895.

Keller, Der römische Zivilprozeß. 1876.

Klaeden, Actio spolii. Diss. Greifswald 1895.

Kleinfeller, Gerichtsstand der Widerklage. Diss. München 1882.

Krahé, Der Besitzschutz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.

Kroll, Klage und Einrede. 1884.

Kunze, Zur Besitzlehre. 1890.

Lenel, Über Ursprung und Wirkung der exceptio. 1876.

Leonhard, Institutionen des römischen Rechts. 1894.

Matthiae, Kontroversen-Lexikon des römischen Zivilprozesses. Leipzig 1856—1864.

Meischeider, Besitz und Besitzschutz. 1876.

Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1899.

Pflüger, Die sogen. Besitzklagen des römischen Rechts. 1890.

Planck-Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3. Lieferung 1. 1904.

Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. 1844.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht. 1895.

Rudorff, Anhang zum Recht des Besitzes (v. Savigny). 1865.

Sartorius, Die Lehre von der Widerklage. 1830.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 6. 1847.
Sächsische Annalen. Bd. 22.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 1865.
Schmidt, Selbsthilfe im römischen Prozeßrecht. 1868.
Schulenburg, Über den Schutz des Besitzes an Sachen nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl.
Sohm, Institutionen. 1903.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1898.
Stobbe, Handbuch des römischen Privatrechts. Bd. 2. 1883.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1900.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885.
Weiske, Rechtslexikon. Bd. 14. 1860.
Wendler, Beiträge zur Lehre von den quasi possessorischen Interdikten. Diss. Tübingen 1899.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1878.
Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung. 1889.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1877.
Witte, Das interdictum uti possidetis. 1863.
Zeitschrift für gesamte Rechtswissenschaft. Bd. 11, 10 (Rudorff).
Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes. Bd. 17 (Renaud).
Zeitschrift für das Recht. Jahrg. 6 Heft 21 (Hussong).

§ 1.

Einleitung.

Die Zivilprozeßordnung enthielt, obwohl sie im Gegensatze zu dem bis dahin in Geltung gewesenen gemeinen Recht einen besonderen Besitzprozeß nicht kannte, bis zu ihrer Abänderung im Jahre 1898 (in Abs. 2 des § 232 a. F., § 260 n. F.) die Bestimmung, daß „die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, nicht in einer Klage verbunden werden können". Diese Vorschrift statuierte nach der überwiegenden Ansicht[1]) nicht nur das Verbot der Erhebung der Besitzklage neben der Klage aus dem Rechte von seiten einer Prozeßpartei, sondern auch das der Gegenüberstellung dieser beiden nichtverwandten Ansprüche in Klage und Widerklage.

Nur Löning[2]) und Hellmann[3]) legten den Abs. 2 des § 232, indem sie sich eng an seinen Wortlaut

---

[1]) vgl. Wilmowski-Levy 5. Aufl. Bd. 1 S. 347 f.; Förster-Eccius Bd. 1 § 50 Anm. 29; Meyer in Buschs Zeitschr. Bd. 8 S. 451 ff.; Förster, ZPO. Anm. 3 zu § 33 S. 49; Seuffert S. 261; ebenso RG. Bd. 23 S. 397; vgl. auch Code de procédure art. 27; a. M. Petersen, ZPO. Bd. 2 S. 19 Anm. 2.

[2]) Bei Busch Bd. 4 S. 52 Anm. 54.

[3]) Lehrb. Teil 2 S. 451.

hielten, dahin aus, daß durch ihn allein die Verbindung von Besitz- und Besitzrechtsansprüchen durch den Kläger in ein und demselben Klageakte, nicht dagegen in Klage und Widerklage für unzulässig erklärt sei.

Dieser Meinungsstreit ist durch die in der Novelle von 1898 erfolgte Aufhebung des § 232 Abs. 2 bedeutungslos geworden. Mit dieser Abänderung bezweckten die Gesetzesverfasser, wie die Motive hervorheben (S. 571), ein zweifaches, nämlich erstens, dem Kläger die Möglichkeit der Verbindung beider verschieden gearteter Ansprüche und damit den Vorteil zu eröffnen, „sich für den Fall, daß die Besitzklage nicht durchdringen sollte, auf das Recht selbst zu stützen", zweitens, dem Interesse des Beklagten zu entsprechen, der Besitzklage eine Widerklage entgegensetzen zu dürfen, durch die seinerseits das Recht selbst geltend gemacht wird.

Aus diesem Gesetzgebungsmaterial folgt, was Löning und Hellmann entgegenzuhalten ist, mit Bestimmtheit, daß, da erst durch die Aufhebung des Abs. 2 die Möglichkeit einer Verbindung einer Besitzklage und Besitzrechtswiderklage eröffnet werden sollte, die Motive gleichfalls den Inhalt dieses Absatzes dahin deuten, daß er auch die Gegenüberstellung von Besitz und Besitzrecht in Klage- und Widerklage ausschloß.

Die Folge der Aufhebung des Abs. 2 des § 232 ist die Möglichkeit der Verbindung von Besitz und Besitzrechtsansprüchen durch den Kläger in einem Klagebegehren geworden. Darüber hinaus jedoch hat der in

den Motiven hervorgehobene Zweck dieser Abänderung sich nicht erfüllt. Einer Verbindung dieser beiden Ansprüche in Klage und Widerklage stehen andere Bestimmungen hindernd im Wege, in erster Linie der § 33 ZPO., welcher bestimmt:

„Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruches auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können".

Der Wortlaut dieser Vorschrift bedarf zunächst der Präzisierung an zwei Stellen: Es kann hier ein bloß tatsächlicher Zusammenhang nicht gemeint sein. Der Entwurf von 1874 wünschte rechtlichen Zusammenhang; wenn die Abänderung der Vorlage zu der jetzigen Fassung ausdrücklich damit begründet wird, daß „diese dem Regierungsentwurfe entspreche und nur dessen Klarstellung bewirke",[1]) so wird damit in Übereinstimmung mit vorhergehenden Entwürfen von Zivilprozeßordnungen[2])

---

[1]) vgl. Prot. der Kommission des Reichstags S. 12, 15, 55, 508.

[2]) vgl. preuß. Entw. von 1864 § 30; 1. hannöv. Entw. § 32; 2. hannöv. Entw. § 23; Entw. einer deutschen ZPO. von 1871 § 32, von 1872 § 33, von 1874 § 33.

das Erfordernis des rechtlichen Zusammenhanges beibehalten. Daher wird im Einklang mit der fast einstimmig vertretenen Meinung[1]) Zusammenhang im Sinne von Konnexität, rechtlichem, d. h. rechtserheblichen Zusammenhange zu verstehen sein.[2]) Ferner kann ein rechtlicher Zusammenhang des Widerklagebegehrens mit den vorgebrachten Verteidigungsmitteln nicht genügen. Es widerspräche durchaus der ratio legis, jedwedes Verteidigungsmittel als geeignet anzusehen, um allein unter der Voraussetzung, daß es überhaupt tatsächlich vorgebracht ist, durch den rechtlichen Zusammenhang mit dem Anspruche der Widerklage deren Zulässigkeit zu vermitteln. Vielmehr wird als selbstverständliche Voraussetzung für das Vorbringen des Verteidigungsmittels gefordert werden müssen, daß dieses prozessualisch wie materiell rechtlich zulässig war. Auch diese Ergänzung des Wortlautes des § 33 ist durch die bereits oben zitierte Äußerung des Entwurfes gerechtfertigt und wird fast allgemein als notwendig anerkannt.[3])

---

[1]) RG. Bd. 11 S. 423f., Bd. 23 S. 396; Gruchot Bd. 42 S. 1185; JurW. 1899 S. 768; JurW. 1900 S. 389; OLG. Karlsruhe, Zeitschr. der Bad. Anwaltskammer Bd. 5 S. 74; OLG. Dresden, Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 19; a. M. allein Struckmann-Koch Teil 2 S. 38f.; Hellmann S. 447.

[2]) Ebenso wie ausdrücklich in den §§ 136 Abs. 2, 145, 147, 302 ZPO.

[3]) Wilmowski S. 57; Petersen Bd. 1 S. 100ff.; Hell-

Im weiteren gibt es über die Auslegung des § 33 zwei Meinungen. Die Vertreter der weniger verbreiteten Ansicht, Löning[1]) und Stein,[2]) meinen, es sei im allgemeinen jede Widerklage zulässig, für die das Gericht der Klage zulässig sein würde, wenn sie als Hauptklage erhoben werde. Diese Zulässigkeit werde durch § 33 auf Begehren erstreckt, für welche das Gericht der Klage gesetzlich unzuständig sei. § 33 statuiere einen erweiterten oder besonderen Gerichtsstand der Widerklage, und zwar allein unter der Voraussetzung rechtlichen Zusammenhanges zwischen Klage und Widerklageanspruch. Im Gegensatze hierzu geht die herrschende Meinung dahin, § 33 regele nicht bloß die Zuständigkeit des Gerichtes der Klage für die Widerklage, sondern überhaupt die Zulässigkeit der Widerklage. Rechtlicher Zusammenhang ist nach dieser Ansicht die notwendige allgemeine Voraussetzung für die Zulässigkeit jeder Widerklage, gleichgültig ob sie bei einem an sich gesetzlich zuständigen oder unzuständigen Gerichte angebracht wird.

Dieser Meinungsstreit ist für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Widerklage aus Eigentum im Besitzprozesse von einschneidender Bedeutung.

---

mann Bd. 1 S. 129; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 103; Kleinfeller S. 51; RG. Bd. 23 S. 396; a. M. Struckmann-Koch S. 38; Löning S. 95; Wach Bd. 1 S. 483 Nr. 29.

[1]) a. a. O. S. 49ff.

[2]) a. a. O. S. 97ff.

Denn da im Besitzprozesse das Gericht der Klage wegen Identität des Streitgegenstandes gesetzlich auch für den Anspruch aus dem Eigentume zuständig ist, so ist nach der Löning-Steinschen Ansicht die Widerklage ohne weiteres zulässig, während nach der anderen Ansicht die Zulässigkeit davon abhängig ist, daß ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Besitzklage bezw. den dagegen vorgebrachten zulässigen Verteidigungsmitteln und der Eigentumsklage besteht.

Die Ansicht der Minderheit wird von Löning[1]) und Stein[2]) übereinstimmend durch den Hinweis auf die Stellung des § 33, in dem die offizielle Überschrift „Gerichtsstand" führenden Titel 2 des 1. Abschnittes der Zivilprozeßordnung begründet. Allein die Aufnahme dieser Bestimmung an einem unrichtigen Orte findet zunächst ihre historische Begründung. Das gemeine Recht[3]) spricht von reconventio auch da, wo Beklagter im Gerichtsstande der Hauptklage eine selbständige Klage gegen den Kläger anstellt. Da es also Widerklagen gab, die nicht mit der Hauptsache verbunden wurden, war die Norm über die Zulässigkeit der Widerklage lediglich Kompetenzbestimmung und gehörte somit im gemeinen Rechte unter die Bestimmungen über den Gerichtsstand. Sodann ist der Ort, an dem dieser

---

[1]) a. a. O. S. 59.

[2]) a. a. O. S. 98.

[3]) vgl. Wetzell S. 507 und die dort zit. Literatur.

Paragraph steht, nicht unbedingt maßgebend für seine Bedeutung. Auch umgekehrt werden in anderen Büchern der Zivilprozeßordnung, nämlich im 6. und 8. Buche, aus Zweckmäßigkeitsrücksichten besondere Gerichtsstände statuiert, obwohl die Behandlung dieses Gebietes doch zunächst dem 2. Teile des 1. Buches zugewiesen war.

Löning führt weiterhin zur Begründung seiner Ansicht an,[1]) Abs. 2 des § 33, der offenbar den Fall gesetzlicher Unzuständigkeit des Gerichtes der Klage für den Anspruch der Widerklage behandele, bilde die Ausnahme zu der im Abs. 1 aufgestellten Regel, eine Ausnahme finde nur im Geltungsbereiche der Regel selbst Anwendung, d. h. die ausnahmsweise Nichtanwendung der Regel setze das Vorhandensein aller Bedingungen der Regel voraus; da nun der Gesetzgeber die gesetzliche Unzuständigkeit nicht als besondere Voraussetzung des Abs. 2 hervorhebe, so könne der Grund dieses Stillschweigens nur darin gefunden werden, daß das Nichtvorhandensein gesetzlicher Zuständigkeit gerade zu den Voraussetzungen dieser Regel gehöre. Dem ist entgegenzuhalten, daß man in diesem Falle einerseits eine allgemeine Bestimmung des Inhalts: „Das Gericht der Klage ist für die Widerklage zuständig", wie sie der norddeutsche Entwurf enthielt, entbehrte,[2]) andererseits aber der ausdrückliche Hinweis auf die gesetzliche

---

[1]) a. a. O. S. 61.

[2]) Mot. S. 62; Prot. S. 12, 21.

Unzuständigkeit des Gerichtes im Wortlaute des § 33 enthalten sein müsse. Gerade die mit den drei deutschen Entwürfen von 1870, 1871 und 1872 und den hannöverschen Entwürfen übereinstimmende unterschiedslose Fassung, wie sie Abs. 1 enthält, spricht für die Absicht, hier wie dort gelegentlich der Statuierung des Gerichtsstandes der Widerklage deren Voraussetzungen selbst zu regeln.[1])

Diese Auslegung des § 33 ZPO. wird für die richtige gehalten werden müssen.[2]) § 33 regelt, und zwar Abs. 1 in positiver, Abs. 2 in negativer Form, die Zulässigkeit der Widerklage,[3]) und da der Gerichtsstand der Widerklage natürlicherweise nur geltend gemacht werden

---

[1]) vgl. Nürnberger Entw. § 13; Nürnberger Kommissionsprot. S. 27 ff.; hannöv. Entw. § 23; hannöv. Prot. S. 505—513; norddeutscher Entw. §§ 65, 207, 298; norddeutsche Prot. S. 57, 211, 220, 558 f.

[2]) vgl. Wilmowski-Levy Bd. 1 S. 62 f. zu § 33; Petersen S. 85; Struckmann-Koch S. 37; Seuffert S. 42 ff.; Kleinfeller S. 44 ff.; Sydow-Busch zu § 33 S. 187 ff.; Hellmann S. 444; Wach Bd. 1 S. 281, 479 Nr. 17; Gaupp-Stein 1.—5. Aufl.; RG. Bd. 11 S. 423; RG. Bd. 23 S. 397; Gruchot Bd. 42 S. 1185; OLG. Celle, Seufferts Arch. Bd. 37 Nr. 337; OLG. Braunschweig, Seufferts Arch. Bd. 38 Nr. 338; OLG. Cöln, Arch. d. Rheinprovinz Bd. 91 S. 42.

[3]) Die Bestimmung steht am unrichtigen Orte; sie würde am zweckmäßigsten unter Streichung der selbstverständlichen Eingangsworte „Bei dem Gerichte der Klage“ an den § 260 angeschlossen werden; vgl. Fischer in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 360.

kann, insoweit eine Widerklage selbst zulässig ist, auch diesen. Abs. 2 enthält rein formell eine Ausnahme der Bestimmung über das Vorbringen der Widerklage, sachlich „eine weitere negative Voraussetzung“ ihrer Zulässigkeit.[1]) Ist für den Anspruch der Widerklage ein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben, der im konkreten Falle mit dem der Klage gerade nicht übereinstimmt, so soll das Moment der Konnexität unbeachtet bleiben, da ja dann die Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Entscheidung wegfalle. So erklärt sich die scheinbar auffällige[2]) Regelung, daß die im Abs. 2 des § 33 enthaltene notwendige allgemeine Voraussetzung für das Vorbringen einer Widerklage, nämlich Prorogationsfähigkeit des an sich gesetzlich unzuständigen Gerichts, der im Abs. 1 normierten Regel als Ausnahme gegenübergestellt ist.

Die Beantwortung unserer Frage hängt also lediglich von der Beantwortung der Frage ab, ob der Eigentumsanspruch mit dem Besitzanspruch oder den gegen den Besitzanspruch vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhang steht. Das soll in folgendem festgestellt werden, und es ist dabei auf die historische Entwicklung zurückzugehen.

---

[1]) Wilmowski-Levy S. 62, 65; Lippmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 417; Endemann Bd. 1 S. 282.

[2]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 98.

§ 2.

Römisches Recht.

I. Der Besitzprozeß umfaßt zwei Klagegruppen.

A. Possessorische Interdikte (unter Einschluß der interdicta adispiscendae possessionis).

Zum Schutze des Besitzes gewährt das römische Recht zwei Arten von Rechtsbehelfen: die possessorischen Interdikte und mehrere ordentliche zivilrechtliche und prätorische Klagen, welche entsprechend ihrem allgemeinen Zwecke: dem Schutze gegen unbilligen Verlust von Rechten, speziell hier zum Schutze gegen Verlust des Rechtes zum Besitze, insofern auch des Besitzes selbst, gegeben sind.[1])

Von größter Bedeutung für das Besitzschutzrecht sind die possessorischen Interdikte. Der Prätor gewährte interdicta retinendae, recuperandae, adipiscendae possessionis. Als interdicta retinendae possessionis gibt das vorjustinianische Recht für bewegliche Sachen das interdictum utrubi, für unbewegliche das i. uti possidetis. Justinian hat beide interdicta zu dem einheitlichen i. uti possidetis verschmolzen. Es geht in seiner

[1]) Bruns, Recht des Besitzes S. 27 f.

Hauptrichtung auf Erhaltung bestehenden, daneben aber auch auf Wiedererlangung entzogenen Besitzes.[1]) Zu den Interdikten der zweiten Art gehört das i. unde vi, welches in zwei Fassungen aufgestellt war: 1. als i. de vi im allgemeinen und 2. als i. de vi armata. Es diente der Wiederverschaffung mit Gewalt entzogener Grundstücke, hatte also entsprechend seiner zweifachen Gestalt für den Fall des i. de vi armata zur Voraussetzung, daß der Besitzer vi armata, i. e. hominibus coactis armatisve von seinem Grundstücke dejiziert worden war. Die i. apiscendae possessionis[2]) schließlich gehen auf Neubegründung eines noch nicht gehabten Besitzes; aus der Zahl dieser Interdikte sind vor allem das i. quorum bonorum des Erben zur Erlangung der Erbschaftssachen, das i. quod legatorum des Honorierten zwecks Herausgabe der vom Onerierten eigenmächtig in Besitz genommenen Vermächtnissachen und das i. salvianum des Verpächters zu erwähnen, welches diesem den Besitz der mit seinem Pfandrechte verstrickten Illaten und Invekten des Pächters verschaffen sollte. — Die zutreffende Auffassung, daß diese letzten Interdikte zu den possessorischen zu zählen seien,[3]) gründet sich

---

[1]) Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 530, 10; Wendt, Pand. S. 308 Note.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 429.

[3]) Jhering, Grund S. 66; ebenso Büchel, Natur des Besitzes S. 31; dawider Savigny a. a. O. S. 382 ff.

darauf, daß in ihnen der den possessorischen Interdikten überhaupt gemeinsame Charakter gewahrt ist, daß es sich bei ihnen neben der Richtung auf den Besitz allein um die causa possessionis, nicht um das Recht zum Besitze handelt.[1])

a) Interdicta retinendae possessionis.

aa) i. uti possidetis.

1. Gestaltung und Zweck des Interdiktsprozesses bei Gaius.

Das Eingreifen des Prätors und seine Richtertätigkeit entwickelt sich ungefähr in folgender Weise: Bei vorhandener Besitzstörung erscheinen die beiden Besitzprätendenten vor dem Prätor und erbitten sein interdictum sive decretum;[2]) ohne allen Beweis erließ er nun sein Verbot, welches für Besitzstörungen an Grundstücken und an beweglichen Sachen folgenden Wortlaut hatte[3]):

1. Für unbewegliche Sachen: uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto; und

---

[1]) vgl. dazu fr. 24 de R. V. (6, 1) und zu dem hier gebrauchten nancisci in seiner Beziehung auf i. apiscendae poss. fr. 2 § 3 D. 43, 1.

[2]) Gaius IV § 139; vgl. Bruns, Recht S. 35 f.

[3]) Es wird hier nur Ulpians Formel zitiert. Zu der Behandlung der Variante des Festus und der von Gaius aufgenommenen Redaktion vgl. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 87 ff.

2. für bewegliche Sachen überhaupt, nicht bloß für Sklaven, wie ursprünglich: utrubi hic homo, qu. d. a., majore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.

Der Prätor wendet sich also in seinem Interdikte mit den Worten „uti possidetis“ und „utrubi“, ohne zu bestimmen, wen er für den Besitzer halte, an beide Streitenden gleichmäßig. Sein Verbot der Gewalt gilt aber nur demjenigen von beiden, bei dem es sich später vor dem iudex, dem er seinen Besitz nicht wird beweisen können, herausstellen wird, daß er Nichtbesitzer gewesen ist. Hierdurch erhält das Interdikt den Charakter der Bedingtheit. Bei diesem bloßen Verbote ließ es der Prätor zunächst bewenden;[1]) zu einem erneuten Eingreifen war nun erst wieder ein Zuwiderhandeln erforderlich, eine „vis adversus edictum“. Mangels einer tatsächlichen Besitzstörung[2]) wurde in späterer Entwicklung dieses durchaus notwendige formale Erfordernis des Fortganges des Verfahrens durch symbolische Gewaltansage, vis ex conventu, dargestellt. War damit der Form Genüge getan, so konnten die „cetera ex interdicto“, d. h. die Vornahme der fructus licitatio, „die Versteigerung des interimistischen Besitzes für die Dauer

---

[1]) vgl. Theophilus IV, 15.

[2]) vgl. Gaius IV, 162—165. Überhaupt §§ 132—167. Vgl. ferner Cicero pro Caecina cap. 16.

des Prozesses“,[1]) der Abschluß doppelseitiger Strafsponsionen als Suckumbenzstrafen gefordert und zur eigentlichen Aufgabe des Prozesses geschritten werden:

Der Regelung des Besitzstandes zur Entscheidung der Frage, wer, wenn es sich um ein Grundstück handelte, zur Zeit des i. redditum fehlerfreier Besitzer gewesen sei, oder bei beweglichen Sachen, wer diese die längere Zeit im vergangenen Jahre in fehlerfreiem Besitze gehabt hatte, der Regelung des Besitzstandes also zwecks Vorbereitung der Vindikation.[2])

2. Bei Ulpian.[3])

Noch deutlicher tritt diese Auffassung des Interdiktes bei Ulpian hervor; bei ihm ist der Umfang des Interdiktes insofern erweitert, als es auch gegen denjenigen gerichtet werden kann, der ohne Behauptung eigenen Besitzes auf Grund des Vorbringens von Servituten und ähnlichen Rechten den Besitz stört.

---

[1]) Bruns, Recht S. 41. Vgl. über Zweck der fructus licitatio Huschke, Gaius S. 191; Witte, Das i. uti poss. p. 52f.; Bethmann-Hollweg Bd. 2 § 98 S. 377; Ad. Schmidt, Interdiktenverfahren der Römer S. 288; Keller, Inst. S. 40 und Zeitschr. f. deutsche Rechtsw.

[2]) vgl. insbesondere Klein a. a. O. S. 122ff.; Bekker, Besitz S. 98; Duncker, Die Besitzklagen S. 20.

[3]) vgl. L. 1 §§ 1—4; D. 43, 17.

3. Bei Justinian.

Wesentliche Veränderungen weist das Interdikt unter Justinian auf. Abgesehen von der materiellrechtlich bedeutsamen Verschmelzung der beiden i. retinendae poss. in ein einziges i. uti possidetis, ist das Interdiktenverfahren entsprechend dem schon durch Diokletian[1]) zur Geltung gelangten Prinzipe der Vereinfachung des Prozeßverfahrens überhaupt umgestaltet worden. Das Eigentümliche des Interdiktenverfahrens: das Interdiktum als ein vorläufiger Mahnbefehl des Prätors, den die Parteien in jedem einzelnen Falle nachsuchen mußten, um erst nach Verletzung dieses Verbotes zur Klage schreiten zu können, ist im justinianischen Rechte aufgehoben. Hier gibt es nur ein allgemeines Verbot, ohne daß es der Darbietung für den einzelnen Fall mehr bedürfte.[2]) Bei jeder einmalig hervortretenden Zuwiderhandlung befindet sich jetzt das Verfahren bereits in dem Stadium wie bei dem ehemaligen prätorischen Interdikte nach der vis adversus edictum, gleichsam als wenn das Edikt eine allgemeine Formel etwa des Inhalts: „si quis possidenti vim faceret, iudicium dabo“ ebenso wie bei anderen Klagen enthielte.[3])

Die einzig zulässige Einrede, welche das Interdiktum erwähnt, ist, wie aus dem Wortlaute hervorgeht, die

---

[1]) Symm. E. X, 48; l. 1. Th. unde vi IV, 22; Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß Bd. 3 § 163 S. 246; Schmidt a. a. O. S. 336.

[2]) vgl. § 8 Inst. de interdictis.

[3]) Bruns, Recht S. 52.

exceptio vitiosae possessionis; sie enthält den Einwand, daß der gegenwärtige Besitzer fehlerhaft, nämlich vi, clam, precario vom Gegner besitze; sie kann Verurteilung zur Herausgabe bewirken.[1])

Stets ist Zweck der Klage bei Behauptung eigenen Besitzes des Verletzenden:

Regelung des Besitzstandes und der Parteirollen als vorbereitendes Element für die künftige Vindikation.

bb) I. utrubi.

1. Vor Justinian.

Im Streite wegen Störung des Besitzes beweglicher Sachen verhilft das i. utrubi demjenigen von beiden Prätendenten zum Siege, der den Besitz die längere Zeit im letzten Jahre ausgeübt hat, es sei denn, daß er ihn fehlerhaft: vi, clam precario gehabt hatte. Somit reichte das i. utrubi in seinem Umfange außerordentlich weit. Es steht in seinem ausgedehnten Geltungsbereiche, versehen mit absoluter, dinglicher, in-rem-Wirkung, der Vindikation gleich; es war, wie Bruns sagt, „eine absolute Vindikation aus dem relativ längeren Besitze".[2]) Die einzig zulässige Einrede ist die exceptio vitiosae possessionis, d. h. das i. utrubi findet nur gegen den-

---

[1]) vgl. über die rekuperatorische Funktion des i. uti poss. Bruns a. a. O. S. 56 ff.

[2]) Besitzklagen S. 172.

jenigen keine Anwendung, dem man den Besitz selbst vi, clam, precario entzogen hatte.[1])

2. Unter und nach Justinian.

Wie bereits erwähnt, hat das i. utribi in Justinians Gesetzbüchern seine Selbständigkeit verloren; es ist unter Aufgabe seiner weitgehenden Anwendung nicht gerade zum Nutzen des Rechtes[2]) völlig dem i. uti possidetis gleichgestellt worden.[3])

b) i. recuperandae possessionis.

Zur Wiedererlangung entzogenen Besitzes gewährte der Prätor i. recuperandae possessionis, zu denen vor allem die i. de clandestina possessione und unde vi zu rechnen sind.

1. i. de clandestina possessione.

Das Vorhandensein eines i. de cland. poss. ist von Jhering,[4]) Witte,[5]) Baron,[6]) Windscheid,[7]) Leonhard[8]) bestritten oder in Frage gestellt, da weder

---

[1]) Über seine rekuperatorische Funktion vgl. Bruns a. a. O. S. 172.

[2]) Bruns a. a. O. S. 175 f.; Randa, Recht des Besitzes S. 396.

[3]) Beweis: vgl. z. B. S. 18 für das i. de clandestina possessione.

[4]) Grund S. 101.

[5]) a. a. O. S. 45, 72.

[6]) Gesamtrechtsverhältnisse S. 97 f.

[7]) Pand. Bd. 1 S. 160 Anm. 2. Für sein Vorhandensein treten ein Randa, Recht S. 122; Savigny S. 455 f. u. a.

[8]) Inst. S. 536.

Institutionen noch Pandekten es je behandeln; nur an einer einzigen Stelle[1]) wird ein solches Interdikt überhaupt genannt. Für die vorjustinianische Zeit gewährt bei heimlicher Besitzentziehung beweglicher Sachen das i. utrubi hinreichenden Schutz, sofern es innerhalb der Verjährungsfrist eines Jahres angestellt wird.

Durch die Aufhebung in seiner alten Gestalt unter Justinian ist hier allerdings eine Lücke im Interdiktenschutz entstanden; diese wird jedoch durch das Vorhandensein anderer Rechtsbehelfe, der erwähnten Kondiktionen, ausgefüllt. Für unbewegliche Sachen bedarf es keines besonderen Schutzes bei heimlicher Besitzentziehung, da der Besitz durch die clam geschehende Entwendung allein noch nicht verloren wird, sondern erst entweder mit der Aufgabe oder bei Verübung von vis durch den Dejizienten.[2]) Da die Existenz eines i. de cland. poss. also problematisch, sein event. Geltungsbereich für die spätere Zeit aber ein unbedeutender oder nichtiger[3]) ist, ist als das bedeutendste der rekuperatorischen Interdikte possessorischer Natur das i. unde vi anzusehen.

2. i. unde vi.

Dieses Interdikt war auf Wiedererlangung gewaltsam entzogenen Besitzes gerichtet und lautete in seinen

---

[1]) L. 7 § 5 D. 10, 3.

[2]) Jhering S. 101 f.; Savigny S. 456; vgl. L. 3 §§ 7, 8; L. 6 § 1; L. 7; L. 18 § 3 D. 43, 16; L. 8 § 3 D. 41, 2.

[3]) Savigny S. 445 f.

zwei vorjustinianischen Fassungen beim Vorliegen einfacher Gewalt als sogen. i. de vi quotidiana:

Unde tu illum vi dejecisti, cum possideret, quod nec vi nec clam nec precario abs te possideret, eo restituas

und bei Vorliegen von Waffengewalt als i. de armata:

Unde tu illum vi deiecisti hominibus armatis, eo restituas.[1])

Das einheitliche justinianische i. unde vi[2]) schließt sich in seiner Form insofern dem i. de vi armata an, als das in den Worten „cum possideret" liegende Erfordernis des Besitzes nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Daß es gleichwohl besteht, beweist § 22 L. 1 D. 43, 16 klar. Der Dejizient haftet stets als solcher, als Delinquent, mag er im Besitze sein oder nicht.[3])

Als einzig zulässige Einrede kennt auch das i. de vi quot. nur die exceptio vitiosae possessionis; diese griff dem i. de vi arm. gegenüber nicht durch. Dadurch

---

[1]) vgl. Cic. pro Tullio cap. 44, 45; pro Caec. cap. 19, 30, 31; Lex Thoria cap. 7.

[2]) Über die Ansicht, daß die hierdurch entstandene Lücke im Schutze beweglicher Sachen gegen gewaltsame Entziehung durch das Selbsthilfegezetz Kaiser Valentinians III. vom Jahre 389 nach Chr. ausgefüllt sei, vgl. Windscheid a. a. O. § 160 Note 4; Brinz 1. Aufl. S. 86, 2. Aufl. Bd. 1 S. 74; Rudorff, Anhang zu Savigny Nr. 152; Schmidt, Selbsthilfe im römischen Prozeßrecht S. 159ff.; Bekker a. a. O. S. 262.

[3]) L. 1 § 42; L. 15, 16 h. t.

wurde auch fehlerhafter, mit Waffengewalt entzogener Besitz geschützt. Das justinianische Recht kennt diese Einrede auch für das i. de vi quot. nicht mehr.

Da das Interdikt restitutorisch ist, ergeht im Verfahren zunächst auf Grund der actio arbitraria ein arbitrium oder iussus de restituendo mit Kondemnation auf „quanti ea res erit". Erst bei Vornahme der vis nahm das Verfahren, wie üblich, seinen Fortgang: auf Grund der Provokation des Klägers zur Sponsion stipulierten die Parteien einander Strafen für den Fall des Unterliegens.

c) i. adipiscendae possessionis.

Für die i. adpiscendae possessionis gelten keine Besonderheiten. Im allgemeinen zeigt sich ihre Zugehörigkeit zu den possessorischen Interdikten eben darin, daß, obwohl der Besitzanspruch auf ein außerhalb des Bereiches der Besitzklagen liegendes Recht gestützt wird, bei ihnen nur die Frage des Besitzes behandelt und beurteilt wird, eine Entscheidung über das Recht jedoch dem künftigen Petitorium vorbehalten ist.[1])

---

[1]) Das römische Recht kennt i. tam recuperandae quam adipiscendae poss. (vgl. § 3 Inst. de int.) Ihre Existenz ist durch das von Endlicher entdeckte Wiener Fragment aus Ulpians Institutionen bestätigt. Dieses und fragm. Vat. § 92 nennen drei dieser Interdikte: 1. i. quem fundum; 2. i. quam hereditatem; 3. i. quem usumfructum.

B. Possessorische Aktionen, Kondiktionen, prätorische Restitution.

Zur zweiten Gruppe gehören, wie die Quellen lehren, Aktionen, Kondiktionen und die in integrum restitutio, und zwar

1. bei Verlust des Besitzes ohne oder wider Willen
   a) Kondiktionen gegen den Dieb und Dejizienten;[1])
   b) Restitution für den aus der Gefangenschaft zurückkehrenden Großjährigen;[2])
2. bei Besitzverlust mit Willen
   a) Kondiktionen bei indebiti solutio und Schenkung unter Ehegatten;[3])
   b) actio metus gegen Verübung von Zwang.[4])

Es ist anzunehmen, daß die aufgeführten Rechtsbehelfe erst nach der Lex Aebutia[5]) entstanden sind; denn durch diese sind sie erst möglich geworden.

---

[1]) L. 1 § 4 D. 43, 17; L. 1 § 1; L. 2 D. 13, 3; L. 25 pr. § 1 D. 47, 2.

[2]) L. 23 § 2 D. 4, 6.

[3]) L. 15, 1 D. 12, 6; L. 46, 1; L. 24, 1.

[4]) L. 9 pr.; L. 21 § 2 D. 4, 2.

[5]) Sie bildet den Markstein in der Entstehung (200 n. Chr.?) eines neuen Prozeßverfahrens, das die prätorischen Restitutionsklagen aufweisen. Die Entstehung der condictio possessionis als einer condictio incerti ist in die Zeit der klassischen Juristen zu setzen; vgl. Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 73; Bruns, Besitzklage des römischen und heutigen Rechts S. 198.

Der Schutz des Besitzes ist keine Besonderheit dieser Rechtsbehelfe, sondern das Ergebnis der konsequenten Anwendung des für sie bestehenden allgemeinen Grundsatzes:

id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.[1])

Die vorhandenen Pandektenstellen wird man als einzelne Beispiele ansehen und auf analoge Fälle ausdehnen können. Es ist gerechtfertigt, bei allen Fällen widerrechtlichen Besitzverlustes eine condictio possessionis analog der condictio rei, die übrigen Restitutionsklagen sowie Restitution als gegeben anzunehmen. Das geht beispielsweise aus L. 1 § 1; L. 2 D. 13, 3 hervor, in der es heißt:

. . . sed ita si dominus sit, qui deiectus condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Hier erklärt Celsus, indem er den Besitzer analog dem Eigentümer schützt, neben der allgemein zulässigen condictio rei eine besondere condictio possessionis als vorhanden. Dem Besitze wird ein selbständiger Vermögenswert[2]) eingeräumt, der ebenso wie ein Recht gegen die durch Gewalt herbeigeführte Vermögensverschiebung zu schützen ist. Die gewaltsame Besitzentziehung tritt in dieser Stelle als qualifizierte, allgemein ungerechtfertigte Beeinträchtigung durch Entziehung ent-

---

[1]) vgl. L. 6, 12, 5; L. 1 § 3 D. 12, 7.

[2]) vgl. Bruns, Besitzklagen § 17.

gegen; es ist hierbei also, wie bereits gesagt, die oben zitierte constitutio veterum zur Geltung gelangt.

Bei der Frage nach dem Anwendungsgebiete der condictio possessionis ist weder der Ansicht von Voigt,[1]) welcher sie auf den Fall beschränkt, daß nur Besitz im Gegensatz zum Rechte auf Besitz Gegenstand des Rechtsgeschäftes oder Deliktes gewesen sei, noch der von Brinz[2]) beizupflichten, welcher meint, die condictio possessionis setze voraus, „daß der Kondizent ehedem nichts anderes gehabt habe als possessio".

Diese Auffassung würde zu enger Beschränkung des Geltungsbereiches der Kondiktion führen. Da nämlich der Eigentümer die condictio certi hatte, mag den ursprünglichen Ausgangspunkt der condictio possessionis gebildet haben, daß zu ihrer Geltendmachung zwecks Wiedererlangung Vorhandensein nur des Besitzes notwendiges Erfordernis war. Doch später, nachdem eine Klage als eine auf den bloßen Besitz abgestellte gegeben worden war, mußte sie einem jeden Besitzer gewährt und konnte nicht dem auf Besitz klagenden Eigentümer wegen seines Eigentums verweigert werden. Bruns[3]) widerlegt die Brinzsche Ansicht, indem er auf die unmöglichen praktischen Konsequenzen einer solchen einschränkenden Begrenzung dieses Rechts-

---

[1]) Über die condictio ob causam S. 329—337.

[2]) Pand. S. 389.

[3]) Besitzklagen S. 200.

schutzes hinweist: der Beklagte nämlich, dem der Einwand des Eigentums des Klägers gestattet würde, hätte das zu beweisen, also mehr als der Kläger selbst behauptet hat.

In gleicher Weise ist in der Gewährung der actio metus bei der unter Erregung von Furcht geschehenen Besitzentziehung nicht eine Besonderheit, sondern nur eine folgerichtige Anwendung auf Besitz zu sehen. Der in der Darbietung dieses einzelnen Rechtsbehelfes zum Ausdruck gelangende allgemeine Gedanke des Besitzschutzes gegen jede deliktische Verletzung kann zwanglos dahin gedeutet werden, daß im gegebenen Falle actio doli und actio Pauliana in gleicher Weise dem Besitzschutze dienen würden.[1])

Das dritte der außer den Interdikten gewährten possessorischen Klagerechte ist der Antrag auf die prätorische in integrum restitutio; sie wird dem Großjährigen wegen des durch Gefangenschaft verursachten Verlustes aller Rechtsgüter in L. 2, 3 § 2 D. 4, 6 als rein possessorische in integrum restitutio gegen Besitzverlust gewährt. Entsprechend dem im Edikte aufgestellten allgemeinen Grundsatze:

> si cuius de bonis deminutum erit, cum is in hostium potestate esset, in integrum restituam.

Der Besitz wird auch hier wieder als selbständiges Rechtsgut gekennzeichnet; dem aus der Gefangenschaft

---

[1]) vgl. Bruns, Recht S. 37.

zurückkehrenden, sein „caput“ wiedererlangenden Großjährigen wird zwar nicht eine selbständige actio zur Wiedererlangung des Besitzes gewährt, jedoch der Prätor restituierte ihn allgemein in seinen früheren Stand und insbesondere bezüglich seines Besitzes durch Wiedergewährung des interdictum uti possidetis.

Im späteren Rechte nahm er den durch Restitution gewährten Schutz allein dadurch wahr, daß er gegenüber der vom gegenwärtigen Besitzer vorgebrachten Einrede verloren gegangenen Besitzes sich seinerseits auf Restitution wegen Gefangenschaft berief. Aus dem Vorhandensein dieses einen Falles einer possessorischen in integrum restitutio ist mit Recht auf ihre allgemeine Zulässigkeit bei Vorhandensein der für sie geforderten Voraussetzungen zu schließen.

II. Wesen des Besitzschutzes.

Interdikte und Kondiktionen, Aktionen, Restitution sind unter dem einheitlichen Gedanken des Besitzschutzes zusammengefaßt worden. Als zwei Klagegruppen, die ihrer Natur nach grundverschieden sind, scheiden sie sich zunächst scharf voneinander, treten aber dann schließlich in der gleichmäßigen Brauchbarkeit des durch sie herbeigeführten Erfolges für die Erreichung eines ferneren dahinterstehenden Zieles in eine Reihe nebeneinander.

Im Schutze des Besitzes erfüllen die Klagen der zweiten Gattung, wie bereits gezeigt, nur ihre allgemeine Bestimmung: des Schutzes aller Rechtsgüter gegen widerrechtliche Entziehung oder Vorenthaltung ihres Genusses. Mit Beseitigung der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung haben sie ihrer Aufgabe genügt. Das allein ist ihr endgültiger Zweck, daß, falls in zeitlicher Folge auf diese Regelung des Besitzstandes über das Recht zur Sache gestritten wird, die Entscheidung der Besitzfrage den Charakter eines Provisoriums erhält, liegt nicht in der Natur der possessorischen Kondiktionen, Aktionen und Restitution begründet, sondern folgt allein aus dem materiellen Verhältnisse von Besitz und Recht.

Grund des Interdiktenschutzes ist dagegen ohne Berücksichtigung einer etwa noch vorhandenen Bereicherung allein die tatsächliche Handlung, durch welche Besitz gestört, vorenthalten, beeinträchtigt wird.

Die Römer selbst haben das Wesen des Interdiktenschutzes nirgends ausdrücklich bezeichnet. Darum ist diese Aufgabe der Wissenschaft vorbehalten geblieben. Aus § 4, 3 L. 1 D. 34, 17 sowie aus L. 12 § 1 D. 41, 2:

nihil commune habet proprietas cum possessione;

ferner aus dem Ausspruch des Venuleius, L. 52 pr. de poss.:

. . . nec possessio nec proprietas misceri bebent.

Vor allem aber aus L. 1 § 2 D. 43, 17:

huius interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate

kann mit Recht die Begründung für die von bedeutenden

Rechtslehrern[1]) vertretene Ansicht gefunden werden, daß das Wesen des Interdiktenprozesses dadurch gekennzeichnet werde, daß in ihm als der Besitzklage κατ' ἐξοχήν das Recht des Besitzes mangels Zusammenhanges mit dem Interdiktenspruche von jeder Behandlung auszuschalten sei, vielmehr vor der Hand bloß der Besitz geregelt werde.

Es liegt demnach auch hier in dem materiellen Verhältnisse von Besitz und Recht im allgemeinen, insbesondere aber in der Entstehung und dem ursprünglichen alleinigen Zwecke[2]) des Interdiktes selbst begründet, daß dem Interdiktsprozesse die Bedeutung einer vorbereitenden oder vorläufigen[3]) Regelung des Besitzstandes zwecks künftiger endgültiger Entscheidung über das Eigentum zufällt, kurz gesagt:

dem Interdikte der Besitz, das Recht dem Petitorium.

---

[1]) vgl. Meischeider a. a. O. S. 69f.; Kuntze, Zur Besitzlehre S. 105f.; Bruns, Recht des Besitzes S. 46f., 53; Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 96; Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 67f.

[2]) Leonhard, Inst. d. röm. Rechts S. 537; Duncker, Besitzklagen und Besitz S. 39f.; Pflüger, Die sogen. Besitzklagen d. röm. Rechts S. 141; Büchel, Über die Natur des Besitzes S. 20 u. 28f.; vgl. hierzu insbes. Klein S. 87f.

[3]) vgl. Etymologie, bei Paul V, 6 interpret, u. Isidor. Orig. V, 25. Interdicta-interim dicta.

III. Wesen und Zulässigkeit der Widerklage im römischen Zivilprozesse.

A. Im gewöhnlichen Prozeßverfahren.

Aus dem bisher Gesagten geht, was weiter unten ausgeführt worden ist, bereits zur Genüge hervor, daß das im Wege der Einrede geschehende Vorbringen jedes Rechtes zur Sache, also auch des Eigentumsanspruches, im Besitzprozesse mangels Zusammenhanges grundsätzlich unzulässig ist. Da die materiellen Voraussetzungen der Einrede auch für die Widerklage gelten,[1]) würde zugleich hiermit die Frage nach der Zulässigkeit der Widerklage aus Eigentum im Besitzprozesse ihre Beantwortung gefunden haben, wenn nicht immerhin daneben die Möglichkeit bestehen bliebe, daß die Widerklage an sich, unbeachtet der materiellen Ansprüche, die in Form der Widerklage vorgebracht werden, zulässig sein könnte. Vor der endgültigen Beantwortung der genannten Frage wird also zunächst noch das Vorhandensein und die Bedeutung der Widerklage im römischen Prozesse, insbesondere im Interdiktenprozesse, zu behandeln sein.

Exceptio und Widerklage, für welche das römische Recht keinen Kunstausdruck kennt, sind die beiden Formen, in denen im Prozesse der Beklagte ein Recht gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten vorbringt.

---

[1]) vgl. Sartorius, Die Lehre von der Widerklage S. 77f.

Der Unterschied dieser beiden Streitmittel ist zunächst ein rein formeller, indem in der exceptio der Beklagte sich auf Verteidigung, Abwehr beschränkt, in der Widerklage aber zum selbständigen Angriffe übergeht.

Daraus erhellt zugleich, daß die exceptio, da ihr die Richtung durch das vom Kläger vorgebrachte Recht gleichsam als Zielpunkt vorbezeichnet ist, stets auf den klägerischen Anspruch Bezug nehmen muß, während in der Widerklage, die dem Beklagten freie Beweglichkeit ermöglicht, auch ein vom klägerischen verschiedener Anspruch unter Beobachtung der Vorschriften des materiellen Rechtes geltend gemacht werden kann. Demzufolge erwirkt der Angegriffene mit der exceptio nur Zurückweisung des Angreifers in seine vorherigen Grenzen. Mit der Widerklage jedoch bietet sich ihm darüber hinaus die Möglichkeit, den Kläger aus seiner Position in dem von ihm beanspruchten Maße zu verdrängen, eine Verurteilung also in dem von ihm begehrten Umfange herbeizuführen.

1. Im Formularverfahren.

Daß der Legisaktionsprozeß eine Widerklage ebensowenig wie eine exceptio kennt,[1]) kommt für diese Arbeit, welche nur Rechtsbehelfe aus späterer Zeit behandelt,[2]) nicht in Betracht.

---

[1]) vgl. u. a. Weiske, Rechtslexikon Bd. 14 S. 569ff.

[2]) vgl. S. 21 Anm. 4; Gaius, Comment. lib. IV § 8; Sartorius a. a. O. S. 12 Anm. 3.

Die Erhebung einer Widerklage im Formularprozesse konnte zweierlei Zwecke verfolgen: Erstens den Kläger zu zwingen, sich an gleicher, an sich nicht zuständiger Gerichtsstelle verklagen zu lassen; sie dient damit lediglich der Begründung eines einheitlichen Gerichtsstandes.[1]) Insofern wurde die Verfahrensart der ersten Sache bestimmend für die zweite.[2]) Zweitens konnte die Absicht des Widerklägers dahin gehen, eine gleichzeitige Behandlung und Aburteilung beider Klagen in einer sententia des iudex zu erwirken. Eine Widerklage auch in dieser Gestalt kennt bereits das alte Formularverfahren; doch war notwendiges Erfordernis, daß sie, ebenso wie es bei bonae fidei actiones der Fall ist, auf einem aus demselben Rechtsgeschäfte, ex eadem causa, hervorgegangenen Gegenanspruche beruhte.[3]) Aus nicht verwandtem Gegenanspruche kann also eine Widerklage nicht formuliert werden. Diesem Mangel, der sich in der Praxis einschränkend und beengend fühlbar machen mußte, wurde in der Weise abgeholfen, daß es zunächst ermöglicht wurde, beide Klagen unverbunden

---

[1]) vgl. Paulus in L. 22 § 1 Dig. V.

[2]) vgl. L. 1 § 15 D. 15, 13. Eine Ausnahme davon in L. 11 § 1 D. 2, 1.

[3]) Die Folge des Zusammenhanges ist, daß wenn beide Urteile kondemnatorisch lauten, die beiden Urteilsbeträge kompensiert werden. Vgl. L. 1 § 4 D. quae sent. sine app. 49, 8; l. 6, 1, IV 31, 1; L. C. V, 21; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation S. 262.

an denselben iudex zur Aburteilung zu verweisen, später aber allgemein durch kaiserliche Konstitution verordnet wurde, daß vor Erledigung des zweiten Anspruchs aus dem ersten Urteil nichts begehrt werden könnte.[1])

Aus Gaius (III § 137) ist zu ersehen, daß die Formel[2]) für beide Ansprüche, nach einer das Rechtsgeschäft näher bezeichnenden demonstratio eine intentio etwa folgenden Wortlautes gewährte:

quidquid ob eam rem alterum alteri dare facere oportet, ex fide bona, judex condemna, s. n. p. a.

2. Unter Diokletian.

Die Vereinfachung des Prozeßverfahrens unter Diokletian brachte auch dem Institute der Widerklage unter Loslösung von der Bindung an den Wortlaut der Formel eine freiere Gestaltung in der Weise, daß jetzt Verwandtschaft mit dem Hauptanspruche nicht mehr notwendiges Erfordernis für den in der Widerklage zu erhebenden Anspruch war. Es konnten also Ansprüche ex dispari causa[3]) in weitestem Umfange zu einer Widerklage geformt und ihre Aburteilung im gleichen Verfahren gefordert werden, unter der Bedingung nämlich, daß zu Beginn des Prozesses darauf angetragen war.

---

[1]) vgl. L. 1 § 4 D. 49, 8.

[2]) Savigny, System Bd. 4 S. 332; Keller, Der röm. Zivilpr. Anm. 1133, Pand. § 272; Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. 2 § 47; Cicero, Top. 17, De Off. II, 17. Dagegen sind: Quint. Inst. Or. III, 10 § 1; Sen., benef VI, 4—6; Dernburg, Komp. S. 258; Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 28.

[3]) Pauli recept.-sentent. liber II tit. 5 § 3.

3. Seit Justinian.

Justinian hat aus dem Gedanken einer möglichsten Beschleunigung des Verfahrens heraus die Erhebung der Widerklage zur Pflicht gemacht und damit dem Institute einen eigentümlichen Charakter gegeben. Eine Vernachlässigung dieser Pflicht hatte nur einen Zeitverlust zur Folge, indem der ungehorsame, mit der Widerklage säumige Beklagte mit der Geltendmachung seines Anspruchs in einer selbständigen Klage bis zur Beendigung der ersten Klage warten mußte.[1])

B. Im Interdiktenverfahren.

Der Erlaß des Interdiktums, der das Interdiktenverfahren rein formell vom Aktionenprozesse unterscheidet, hat grundsätzlich auf das Vorbringen von Widerklagen keinen Einfluß.

Die Doppelseitigkeit der Interdikte, welche vor allem darin zu sehen ist, daß zunächst der Prätor in dem einen Satze des Interdiktums zwei gleiche, an je eine der Parteien gerichtete Befehle ausspricht, daß ferner daraufhin jeder von beiden Besitz behaupten kann und beweisen muß, beide also selbständige Klagen führen, die erst im iudicium wieder vereinheitlicht werden, wird zwar von Eck[2]) gleich den mutuae actiones als solche bereits unter dem Gesichtspunkte

---

[1]) vgl. Nov. 96 Kap. 2.

[2]) Die sogen. doppelseitigen Klagen S. 48f.

einer speziellen Verbindung von Vor- und Widerklage betrachtet. Ihm sind die mutuae actiones nur das für die Verschmelzung zweier gegenüberstehender Besitzprätensionen zu einer Einheit maßgebende Prinzip. Im übrigen jedoch unterstellt er die beiden im duplex interdictum enthaltenen Klagen derselben rechtlichen Beurteilung wie zwei selbständige iudicia simplicia.[1])

Somit ist selbst nach Ecks Auffassung die Duplizität der Interdikte durchaus kein Hindernis für die Erhebung von Widerklagen. Im Gegenteil bewirkt sie eine Mannigfaltigkeit der Formen, in denen Gegenrechte überhaupt geltend gemacht werden können. Denn da jeder von beiden Prätendenten zugleich Kläger in der eigenen, Beklagter in der gegnerischen Sache ist, können an sich zulässige Gegenansprüche entweder durch Erweiterung des eigenen Klageantrages oder im gegnerischen Streite als Widerklage geltend gemacht werden.

Da das Interdiktenverfahren nach der Lex Rubria[2]) der Einführung nicht ständiger Exzeptionen an drei Stellen, nämlich

dem interdictum, iudicium ex sponsione bei Sponsionsverfahren und der actio arbitraria,

Raum bietet,[3]) kann das gleiche auch von Widerklagen gelten.

---

[1]) Ähnlich Schmidt S. 280ff.

[2]) vgl. Schmidt S. 99 u. 103.

[3]) Ad. Schmidt a. a. O. S. 103.

Im justinianischen Rechte, welches ebensowenig wie der Theodosische Kodex noch auf ein Sponsionsverfahren hinweist,[1]) bei Gelegenheit des allgemeinen Aufräumens mit veraltetem Beiwerke also wohl auch dieses Institut beseitigt haben mag, würden somit die formellen Möglichkeiten der Erhebung einer Widerklage auf das interdictum und die actio arbitraria beschränkt sein.

Die Bestimmung Justinians, nach welcher, wie bereits erwähnt, das Erfordernis der Konnexität für die in Klage und Widerklage zu verbindenden Ansprüche aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgehoben worden ist, gilt unbeschränkt auch für das Interdiktenverfahren.

Hiermit gelangte man zu dem oben berücksichtigten Resultate, daß, was zunächst das rein Formelle anbetrifft, die Widerklage eine Handhabe dafür böte, um, wenn nichts anderes dem entgegenstünde, den Eigentumsanspruch im Besitzprozesse geltend zu machen.

IV. Geltendmachung des Eigentums-Anspruches.

A. Bei Interdikten.

Die Quellen lassen die Frage, ob der Eigentumsanspruch im Besitzprozesse im Wege der Widerklage

[1]) Ad. Schmidt a. a. O. S. 337.

vorgebracht werden kann, unbeantwortet. Die Meinungen gehen hierin weit auseinander.[1])

Für die Interdikte ist aus ihrer bereits festgestellten Individualität zu folgern, daß ein Zusammenhang des im Wege der Widerklage vorgebrachten Eigentumsanspruches mit dem Interdiktsanspruche nicht besteht. Das Interdiktenverfahren, um es noch einmal festzustellen, dient der Regelung der Parteirollen. Es ordnet den Stand der Parteien für die Vindikation, es unterscheidet, wer von ihnen petitor sein solle. In einem so gearteten Verfahren ist die Frage des Eigentums am falschen Orte. Da vermag selbst die Liquidität des Eigentums nichts. Deshalb ist nicht zu billigen, was Perez,[2]) Lauterbach,[3]) Leyser,[4]) Mevius[5]) und Pufendorf[6]) von ihrer Zulässigkeit sagen.

Im übrigen stünde es jeder Partei frei, vom unerledigten possessorium, ohne die pronuntiatio des Judex abzuwarten, zum Petitorium überzugehen, und somit als Vindikant den Gegner als possessor anzuerkennen.

---

[1]) Dagegen: Bruns, Recht S. 32, Besitzklagen S. 203f.; Rudorff S. 712; Klein S. 96. Dafür: Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 161 Nr. 2; Jhering, Beitr. S. 117; Jhering, Grund d. B. S. 137/38; Voigt S. 331 N. 280; Meischeider S. 74f.

[2]) Prael. ad. Cod. L. 8 tit. 6 § 26.

[3]) Coll, theor. praet. 43,17 § 3.

[4]) ad. Pand. Spec. 468 med. 31.

[5]) Decisiones p. 7 dec. 248.

[6]) Observat. II Nr. 113.

Das deutet wiederum darauf hin, daß in der controversia de possessione nur über den Besitz entschieden wird. Darum ist andererseits jedes Verfahren, welches, wie das interdictum de precario den Einwand des Eigentums, überhaupt petitorische Einwendungen zuläßt, von den rein possessorischen auszuschalten. Ebenso werden, wenn es feststeht, daß bei den interdicta retinendae possessionis in ihrer rekuperatorischen Funktion gegen den precario possidens gleichfalls petitorische Einwendungen nach dem Grundsatze [1]) „suae rei precarium non est" zugelassen waren, auch diese von den rein possessorischen Klagerechten abzusondern sein.

B. Bei Kondiktionen, Aktionen und Restitution.

Ebenso wie bei den Interdikten führt auch hier folgendes zu bestimmter prinzipieller Verneinung jedes Zusammenhanges.

Andauerndes Verharren im Besitze liegt im Interesse des Besitzers; daraus folgt sein rein defensives Verhalten. Da also an den Besitz sich die günstigere Stellung des Beklagten knüpft, wird der tatsächliche Vorteil zum rechtlichen: Der Besitzer gewinnt die Wahrscheinlichkeit, die Vermutung des Rechtes für sich, bis zum Beweise des Gegenteiles. Darum vermag das bloße

---

[1]) vgl. L. 4 § 3 D. 43,26; L. 45 pr. D. de R. P. 50,17; L. 21 pr. D. 41, 3.

Vorhandensein des Eigentumsrechtes auf seiten des mit der condictio Belangten den ungerechtfertigten Besitz nicht zu rechtfertigen. Das erreicht der Beklagte erst durch Herbeiführung des vollen Beweises seines Eigentumsrechtes. Bis dahin bliebe er also durch das bloße Haben ungerechtfertigt bereichert. Und durch Zulassung petitorischer Einwendungen würde nicht nur eine Verzögerung der Entscheidung dieser Frage veranlaßt, sondern zugleich dem Kondizenten das commodum possessionis vorenthalten werden.

Wollte man also die Idee der Kondiktionen: Schutz gegen ungerechtfertigte Bereicherung wahren, so wäre es Pflicht, den Beklagten bei Begründetheit der Klage zur Herausgabe zu verurteilen. Hieraus folgt zugleich, daß einzig und allein Liquidität, d. h. Beweisfertigkeit des Eigentums die Zulassung des Einwandes des Eigentums rechtfertigt und daher sofort zu berücksichtigen ist. Denn

„dolo facit, qui petit quod redditurus est".

Jedoch ist dieser eine Fall der Zulässigkeit des im Wege der Widerklage geschehenden Vorbringens des Eigentumsanspruches durchaus als Ausnahme anzusehen und daraus auf einen Zusammenhang in diesem einzigen Falle mit dem Anspruche aus dem Rechte nicht zu schließen. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß grundsätzlich jedes Vorbringen eines Rechtes zur Sache bei possessorischen Kondiktionen und Aktionen mangels Zusammenhanges ausgeschlossen ist.

Aus der Zusammengehörigkeit von Kondiktionen und Aktionen einerseits und prätorischer Restitution andererseits, welche unter einer Idee: dem Schutze gegen widerrechtliche Entziehung des Besitzes, vereint worden sind, folgt die Geltung des Gesagten auch für das im Wege der Widerklage geschehende Vorbringen des Eigentumsanspruches im possessorischen Restitutionsverfahren.

Die Unzulässigkeit des im Wege der Widerklage geschehenden Vorbringens des Eigentumsanspruches oder überhaupt petitorischer Einwendungen tritt also, um das Ergebnis der Erörterung noch einmal kurz zusammenzufassen, als Konsequenz der Besonderheit des Besitzprozesses, nämlich des Mangels eines Zusammenhanges von possessorium und petitorium, als sein wesentliches Merkmal hervor. Die Eigenart des Besitzprozesses im Gegensatz zu petitorischen Klagen zeigt sich vor allem ganz darin, daß einerseits der Kläger zur Begründung seines Anspruchs sich nur auf die Tatsache des Besitzes stützen, der Beklagte andererseits zu seiner Verteidigung nur diese Tatsache bestreiten, sich nicht aber auf ein Recht zum Besitze, insbesondere auf seinen Eigentumsanspruch, berufen kann.

V. Actio Publiciana.

Ein Hinweis auf die Gestaltung der actio Publiciana mag zur Hervorhebung der eigenartigen Natur possessorischer Rechtsbehelfe dienen. Der Prätor Publicius

gewährte diese actio dem Erwerber einer Sache beim Verluste ihres Besitzes für den Fall, daß er auf Grund eines formellen oder materiellen Mangels nicht quiritisch geschützter Eigentümer werden konnte. Er half durch die Fiktion, daß das Eigentum durch den Beweis eines gewissen Zustandes ersetzt werde. Usukapionsbesitz war die Voraussetzung der actio Publiciana mit der aus der Fiktion des Prätors sich ergebenden Modifikation, daß Zeitablauf, tempus, für sie wegfiel; denn hätte der Erwerber diese Sache während der zur Usukapion erforderlichen Zeit besessen, dann bedurfte er nicht mehr der Publiciana, sondern hätte sich der „civilis actio", nämlich der rei vindicatio, bedienen können. Demnach stützte sich die Publiciana auf früheren Besitz,[1]) und wenn er auch nur einen kurzen Zeitraum gedauert haben sollte: nam etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur. Aber keineswegs bildete die possessio ihr charakteristisches Moment; die eigentliche Grundlage der actio Publiciana bildet der titulus, d. h. der rechtmäßige Erwerbsgrund, die iusta causa, als deren gewöhnlichste die Formel in den Worten:

Si quem hominem A us A us bona fide emit et is ei traditus est . . .

---

[1]) Über die Frage, ob der Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sein muß, besteht Streit. Bejahend: Lenel, Beitr. zur Kunde des prätorischen Edikts S. 18 f.; Dernburg Bd. 1 § 228; vgl. auch Windscheid Bd. 1 S. 1019. Verneinend: Huschke S. 22; Brinz Bd. 1 S. 717 f.; Sintenis § 53, 11.

den Kauf mit Tradition bezeichnet. Der Kläger mußte also Erwerbstatsachen für sich vorbringen können, die an sich geeignet sind, bei dem Erwerber Eigentum zu begründen. Schließlich wurden zur Geltendmachung der actio Publiciana auch noch die anderen Voraussetzungen des Usukapionsbesitzes, nämlich eine ersitzungsfähige Sache und bona fides des Erwerbers, gefordert.

Die actio Publiciana diente zur Ergänzung der rei vindicatio, wie es aus lex 7 § 8 D. 6, 2:

> in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus

hervorgeht. Petitorische Einwendungen waren gegenüber der actio Publiciana nicht nur möglich, sondern deren Zulässigkeit der ganzen Bestimmung dieser Klage nach erforderlich, weil sie mit dem der Publiciana zugrunde liegenden Anspruche im engsten Zusammenhange stehen. Denn da zur Begründung der Publiciana es ausreicht, wenn der Kläger ein relativ besseres Recht geltend machte, dabei ganz davon abgesehen, inwieweit sein Recht selbst an einem Mangel litt, war es Aufgabe des Beklagten, das Recht des Klägers durch ein stärkeres Recht zu entkräften, vor allem durch das stärkste, das Eigentum, und zwar mit der exceptio dominii. Daß demgegenüber dem Kläger wiederum die replicatio rei venditae et traditae an die Hand gegeben wurde, entspricht ganz dem Wesen der Publiciana, die durch ihre Relativitätstellung zu einem sich steigernden Überbieten

im besseren Rechte aufforderte. Allein diese Relativitätstellung hebt sie von der Vindikation ab, nach deren Bilde sie im übrigen geschaffen ist:

> Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.[1])

Die Zulässigkeit der exceptio dominii wie überhaupt petitorischer Einwendungen gegenüber der Publiciana[2]) im Gegensatze zu dem Possessorium folgt aus ihrer Verwandtschaft mit der rei vindicatio und dem innigen Zusammenhange zwischen dem mit der actio Publiciana erhobenen Anspruche und den sonstigen petitorischen Ansprüchen.

§ 3.

Deutsches Recht.

Der Prozeß um die Gewere schließt den Eigentumsstreit in sich.

Die Beantwortung unserer Frage ist für das deutsche Recht nicht in der Weise zu suchen, daß zum Zwecke der Begrenzung des Besitzprozesses alle vorhandenen, auf die gegebenen Sachenrechte gegründeten Klagerechte nach ihrer Zugehörigkeit zu den possessorischen oder petitorischen gesondert werden, um dann einen Zu-

---

[1]) L. 7 § 6 D. 6, 2.

[2]) L. 7 § 8 h. t.; vgl. Gaius, Inst. Bd. 4 § 36.

sammenhang zwischen ihnen zu prüfen. Eine derartige von romanistischen Ideen geleitete Untersuchung würde der Eigenart des deutschen Sachenrechtes und des deutschrechtlichen Prozeßganges nicht gerecht werden. Denn das deutsche Recht kennt weder wie das römische Recht ein System von actiones noch die Abstraktion einzelner, nach den verschiedenartigen der tatsächlichen Herrschaft über die Sache zugrunde liegenden dinglichen Berechtigungen gesonderter Sachenrechte.[1]) Als das für den Rechtsverkehr in der Beziehung der Person zur Sache wichtige Moment wurde nicht das Recht an der Sache oder die allein possessorische Funktion, sondern die Gewere betrachtet, d. h. nach dem Ausspruche Heuslers[2]) „das faktische Gewaltverhältnis, der tatsächliche Ausdruck der Herrschaft und des in Anspruch genommenen dahinter stehenden Rechtes". „Die Bedeutung der Gewere" hat Huber in seiner tiefgründigen Schrift in helles Licht gerückt. Die Gewere ist die Gestalt, in welcher das dingliche Recht des Rechtsverkehrs teilhaftig wird. Mag es sich um prozessuale Verteidigung eines vorhandenen dinglichen Rechtes, Wiederherstellung eines früheren oder um rechtsgeschäftliche Verfügung über ein solches handeln, nie wird von dem dinglichen Rechte gesprochen, obwohl es den eigentlichen Kern aller Rechtshandlungen bildet,

---

[1]) vgl. Huber, Die Bedeutung der Gewere.

[2]) Inst. Bd. 2 S. 20.

die mit der Gewere verbunden und durch sie bedingt sind. Es gibt nicht nur, wie Heusler ausführt, kein dingliches Recht, das nicht in einer Gewere dargestellt werden könnte, sondern „es wird auch jedes dingliche Recht nur unter der Gestalt einer gegenwärtigen, früheren oder erst zu erlangenden Gewere im Rechtsleben anerkannt".[1])

Jeder Rechtsgang um Ausübung des tatsächlichen Herrschaftsrechts schloß demnach die Frage nach dem dinglichen Rechte bereits in sich als Rechtsstreit um die Gewere. Damit erledigt sich bereits nach der Gestaltung des deutschen Sachenrechtes unsere Frage für das deutsche Recht.

Aber auch eine Widerklage in unserem Sinne ist dem deutschen Rechte fremd. Nirgends in den Quellen der fränkischen Zeit findet sich auch nur das Wort „Widerklage"; um so mehr fehlt der Begriff.[2]) Der Rechtsgang zur Zeit der Rechtsbücher weist insofern bereits eine Fortentwicklung gegenüber dem der früheren Periode auf, als ein Institut der Widerklage vorhanden ist, wenn dieses auch nur dürftig und wissenschaftlich unvollendet erscheint. Der Sachsenspiegel selbst läßt an einigen Stellen auf sein Vorhandensein schließen, so z. B. im Buche I Art. 60 § 3, im Buche III Art. 12 § 1 und Art. 79 § 3, desgleichen der Schwabenspiegel im

---

[1]) Huber S. 22.

[2]) Sartorius S. 93; Weiske, Rechtslexikon Bd. 14 S. 584.

Art. 89. Der rechtsbegehrende Kläger sollte auch „rechtes plegen unde helpen“, wo er es forderte. Doch wurde der Widerkläger erst nach dem Kläger gehört; bevor er widerklagte, hatte er zunächst selbst Antwort zu stehen.[1]) Die Widerklage der Rechtsbücher dient vor allem der Erweiterung der Gerichtsbarkeit.[2]) Sie entbehrt mithin vollkommen des der römischen und heutigen Widerklage eigenen Zweckes: Der Vereinigung zweier verschiedener Klagansprüche in einem einheitlichen Verfahren. Sie enthält nicht einen im Verlaufe eines anderen Prozesses, sondern vielmehr erst nach Abschluß des klägerischen Rechtsstreites geltend gemachten Klaganspruch. Die Widerklage der Rechtsbücher hat mit dem allein in Betracht kommenden Institute einer Widerklage im heutigen Sinne nichts gemein als den bloßen Namen. Auch in dieser Hinsicht versagt uns das deutsche Recht die Beantwortung unserer Frage.

---

[1]) Ebenso Glosse zu Buch I Art. 31 Ssp. Doch stehen die hier gegebenen Deutungen der angeführten Stellen unter italienischem Einflusse, bleiben also als nicht rein deutsche Quellen unberücksichtigt; vgl. Sartorius S. 93 f.; Weiske S. 584 f.

[2]) Kleinfeller S. 27 f.; Planck, Mehrheit S. 352.

§ 4.

Gemeines deutsches Recht.

I. Possessorium summariissimum und ordinarium.

Eine eigentümliche Entwicklung nahm das Interdiktum uti possidetis im 16. Jahrhundert.[1])

Schon in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts galt der aus dem Kommentare des Innozenz zu c. 8 de probation. abgeleitete Satz, wenn bei einem Besitzstreite keiner der beiden Prätendenten zur Klage schreiten wolle, sondern jeder eigenmächtig Besitz ergreife und infolgedessen Gewalttätigkeiten zu befürchten seien (timor armorum), so sei es des Richters Amt, einzuschreiten, beiden Parteien den Besitz zu verbieten und in einem außerordentlichen Prozesse über ihre beiderseitigen Besitzansprüche zu befinden. Das Prinzip hierbei war: Der Richter sollte an Stelle des ordentlichen von den Parteien selbst eingeleiteten Verfahrens von Amts wegen auf außerordentlichem Wege erkennen:

> ex officio suo de plano et sine libello cognoscere, quis possideat.

Im 14. Jahrhundert legte man bereits dem richterlichen Verbote die Bedeutung einer Sequestration bei, allerdings mit dem Zusatze, der Richter dürfe zu einer Besitzentziehung erst dann schreiten, wenn eine kurze

---

[1]) Bruns, Recht S. 260 f.

summarische Untersuchung ergeben habe, daß keine von beiden Parteien wirklich im Besitze sei, denn nur in diesem Falle geschehe keinem von beiden Unrecht. Damit war der Anfang eines neuen summarischen und provisorischen Besitzverfahrens gegeben. Doch es erscheint weniger als Weiterbildung jenes im 13. Jahrhunderte entstandenen Prozesses, als eine Verfahrensart von selbständiger Entwicklung: es tritt vor jenes hin. Bald entwickelte sich der Brauch, daß unter den gegebenen Voraussetzungen der Richter, und zwar nicht nur von Amts wegen, sondern auch, und dann erst recht, auf Anrufen der Parteien eine vorläufige summarische Untersuchung und Entscheidung über den Besitzstand herbeizuführen, dem einen den Besitz zuzuerkennen, dem anderen auf den ordentlichen Klageweg zu bescheiden habe. Die Behandlung dieses Verfahrens[1]) und die Bezeichnung als ordinarium und summarium[2]) findet sich bei Baldus und vorher schon bei Butrigarius, Rosciate, Bartolus,[3]) nach Baldus vor allem in den Konsilien.[4]) Unter diesen erscheint von größter Bedeutung das in Consilia II, 3 enthaltene Konsilium von Paulus de Castro, weil es die Entwicklung des Summariums in vollkommen neue

---

[1]) Im Komm. zu L. 13 C. 3, 32.

[2]) Der Ausdruck summariissimum findet sich erst im 16. Jahrhundert.

[3]) Im Komm. zu L. 3 C. de interd. und L. 13 D. de usufructu.

[4]) vgl. Bruns, Recht S. 263, 4.

Bahnen gelenkt hat. Der hier zum Ausdruck gelangende Gedanke findet sich später [1]) in folgender Sentenz wieder:

> omnis possessor lite pendente in possessione officio iudicis manuteneri debet.

Des Richters allgemeine Pflicht, Tätlichkeiten vorzubeugen, faßte man jetzt in der Weise auf, daß er, da gewaltsame Handlungen stets zu befürchten seien, ein für allemal befugt sein sollte, den unbestimmten Besitzstand für die Dauer des Prozesses zu regeln. Die Waffengewalt wird fortan nur als eine Möglichkeit in Betracht gezogen, von ihrem Vorhandensein ist keine Spur. Diesem neuen Verfahren fehlt ebenso das Einschreiten ex officio wie Sequestration. Es ist somit nicht als eine Fortbildung des älteren auf c. 9 de probation. sich gründenden Brauches anzusehen, sondern als Durchführung eines selbständigen neuen erweiterten Prinzipes. Als solches schließt es den Fall eines amtlichen Eingreifens beim Vorliegen von Gewalttätigkeiten in sich. Diese von Castro her in die Praxis übernommene Idee findet sich von nun ab in den praktischen Schriften des 15. und 16. Jahrhunderts, hauptsächlich in den Entscheidungen der ersten Städte Italiens [2]) und in zahlreichen Konsilien, vor allem denen des Alciat, Beccius, Pasethus u. a. m.

---

[1]) Postius tract. de manutenendo. II, 9.

[2]) Decisiones Rotae I, 99, 616; Capycius, Decis. Neapol. 189, 209; Assissio, Decis. Rotae Lucc. 20. Bei letzterem

Das Summariissimum erscheint als ein besonderes prozessuales Institut: Es wird durch den Gegensatz zum Ordinarium gekennzeichnet und wurde daher anfänglich nur als portio interdicti uti poss. aufgefaßt. Sein eigentümlicher Zweck war die Herbeiführung eines provisorischen ruhigen Besitzstandes, zur Vermeidung von Gewalt und Selbsthilfe. Später wurde es zwar als ein selbständiger Prozeß [1]) angesehen, aber immer doch nur als ein Akzessorium des Hauptprozesses. Vor allem konnte es, was für seine Charakteristik und gerade für unsere Frage von größter Bedeutung ist, sowohl vor als während eines Prozesses, insbesondere auch des Petitoriums [2]) angestellt werden. Hieraus geht deutlich hervor, daß mit dem Summariissimum nur eine neue Prozeßart eingeführt werden sollte, daß aber das Prinzip des Besitzes an sich, so wie es uns im römischen Rechte begegnet, rein erhalten ist. Der absolute Gegensatz von Besitzstreit und Petitorium tritt uns auch hier entgegen. Zwischen dem im Summariissimum und dem Petitorium erhobenen Ansprüchen besteht keine Konnexität, insbesondere gehört eine Widerklage aus dem Recht in das Summariissimum ebensowenig wie in das iudicium aus dem i. uti poss. selbst.

In dieser Gestalt ist das Summariissimum aus der

---

findet sich auch das Gesetz von 1564, durch welches in Lucca das Summariissimum betätigt wurde.

[1]) Separatum indicium vgl. nam. Bolognetus a. a. O.

[2]) vgl. Postius l. c. obs. 8; Capycius, Dec. 96, 209.

italienischen Praxis nach Deutschland herübergenommen. Die von der Theorie des 17. Jahrhunderts vertretene Ansicht, die KGO. als seine eigentliche Quelle anzusehen,[1]) hatte zunächst zur Hauptfolge, daß man Gewalttätigkeiten oder nach dem Ausdrucke der KGO. „Aufruhr und Empörung" als notwendige Voraussetzung forderte, und es daher z. B. Geistlichen[2]) versagte, weil „eorum arma sunt preces, orationes et lacrymae". Die Praxis dagegen vertrat durchaus das Prinzip des Paulus de Castro, in jedem Falle eines Besitzprozesses provisorische Regulierung des Besitzstandes für die Dauer des Prozesses herbeizuführen. In der sächsischen Praxis verfocht Carpzow diesen Standpunkt und mit ihm vertraten ihn die anderen. In diesem Kampfe zwischen Theorie und Praxis siegte die letztere: In allen Lehrbüchern des Zivilrechtes und -prozesses und den sonstigen Schriften des 18. Jahrhunderts ist das Erfordernis des timor armorum verworfen.[3]) Allerdings war man sich über die Bedeutung des Summariissimum und seine Stellung zum Ordinarium völlig im unklaren.[4])

---

[1]) Hauptsächlich Georg Pfannkuch, tractatus ad O. J. C. XXI, 3 de summar.; unter vielen anderen auch Stryk, us. mod. 43, 17 §§ 1—3.

[2]) Klock, cons. I, 40; Pfannkuch l c. I, 6 u. 37—39.

[3]) z. B. Müller, obs. ad. Leys. V, 822, 834; Mössler, Possessorische Klagen III § 11; Pfotenhauer, Verf. i. S. d. neuesten Bes. § 3 a. E. u. a. m.

[4]) Bruns, Recht S. 401 ff.

Man erblickte den Unterschied beider darin, daß im Summariissimum über die bloße Tatsache des gegenwärtigen jüngsten Besitzes, im Ordinarium über Alter und Rechtmäßigkeit des Besitzes entschieden werde. Man war der Meinung, das int. uti poss. sei im c. 9 X de prob. dahin geändert, daß älterer nicht gegenwärtiger Besitz den Klagegrund bilde. Ebenso unklar wurde man sich über die historische Entstehung des Summariissimum. Bei alledem blieben die althergebrachte Gestaltung und die einzelnen bei ihm geltenden praktischen Sätze dieselben. Immer wurde der possessorische Charakter des Summariissimum im Gegensatze zu dem Ordinarium gewahrt: Die Geltendmachung petitorischer Einreden, also auch der Widerklage, war mangels Zusammenhanges ausgeschlossen.

II. Actio spolii.

Der bekannten Fälschung in Pseudo-Isidors Dekretalen verdankt die exceptio spolii ihre Entstehung: Durch Verfälschung einer Stelle der Westgotischen Interpretation zu den Sententiae des Paulus (I, 7 § 1, 2) und deren Verbindung mit einer wahrscheinlich aus Kommentaren zum Breviar. Alaric. entnommenen Stelle brachte Pseudo-Isidor den als Quelle der exceptio spolii geltenden Satz zustande:

„Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et

in eorum, unde abscesserunt potestatem funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut dolo, aut captivitate aut virtute maiorum aut per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem synodum vocationem eorum".

Kraft dieser Einrede sollte es den Bischöfen ermöglicht werden, die Einlassung auf eine Klage zu verweigern, bis ihnen mit Hilfe der Kirchengewalt alles Entrissene wieder verschafft worden wäre. Dieser auf den bloßen Besitz sich erstreckende und gegen jeden Besitzer der spoliierten Sachen sich richtende Restitutionsanspruch ist possessorischer Natur. Gratian nahm ihn nicht nur in sein Dekret auf, sondern er legte darüber hinaus durch die aus unerklärten Gründen erfolgte Anführung dieser Bestimmung an zwei getrennten Stellen und Weglassung der bei Pseudo-Isidor noch vorhandenen Schlußworte:

... ante accusationem aut regularem synodum vocationem eorum

den Grund zu seiner Entstellung und zur irrtümlichen Annahme eines nicht bloß auf Bischöfe beschränkten, neuen, allgemeinen, selbständigen rekuperatorischen Klagerechtes. Die Glosse faßte diese Stelle als eine den römischen Rechtsbehelfen zur Erwirkung der Restitution verlorener Sachen anzureihende umfassende Vorschrift des Inhaltes auf, daß wer durch fremdes Unrecht irgend-

welcher Art eine Sache verliere, unbedingt Restitution verlangen könne. Die hieraus abgeleitete condictio ex canone begreift die Prinzipien und auch die Vorteile sämtlicher einzelnen römischen Klagerechte in sich. Die Ausdrücke spoliare und restituere sowie die ganze Behandlung der Klage und ihre Bezeichnung als iudicium possessorium im Gegensatze zum Petitorium[1]) beweisen, daß man unter ihr eine dem interdictum U. V. analoge Besitzklage zu verstehen habe. Petitorische Einreden stehen mit dem Klageanspruche nicht im Zusammenhang, sind demnach unzulässig. Daß aber weiterhin der condictio ex canone gegenüber Widerklagen überhaupt unzulässig sind, beruht auf der im C. 4 X, de ord. cogn. im II. Buche der Dekretalen Gregors IX. im 10. Titel enthaltenen positiven Bestimmung, deren Begründung „cum restitutionis petitio ... privelegiata noscatur" die der exceptio spolii bei ihrer Schöpfung mitgegebene Eigenart anhaftet.

In den Dekretalen Gregors IX. ist nun zwar der canon redintegranda nie anerkannt worden. Abgesehen davon, daß Innonzenz IV. sich in seinem Kommentare zum Liber Extra in diesem Sinne ausdrücklich ausgesprochen hat, tritt dieser Gegensatz der Päpste weiterhin in Kap. 1, 15, 18 X de rest. spol. hervor. Insbesondere aus dem Vorhandensein der letzten dieser drei

---

[1]) Insbesondere in c. 4 und 8 X de causa poss. et propr.; vgl. dazu c. 3 u. 7 eodem.

Stellen, die ursprünglich das 39. Kap. des Lateran-konzils vom Jahre 1215 bildeten:

> non obstante iuris civilis rigore sancimus, ut, si quis scienter talem rem (nämlich spolio ablatam) receperit, contra huius modi possessorem spoliato succuratur

folgt, daß Innozenz III. eine cond. ex. c. Red. neben dem interd. U. V. nicht gelten ließ,[1]) sondern der Ansicht war, die Haftung des dritten Besitzers erst durch besondere Normen begründen zu müssen. Jedoch weder der Widerspruch Innozenz IV. noch des Bischofs Aegidius Bellamera von Mailand konnte es verhindern, daß die cond. ex c. Red. bei den Kanonisten des 14. und 15. Jahrhunderts zu unbestrittener Herrschaft gelangte; durch ihre Aufnahme in das speculum iudiciale des Durantis wurde ihre Geltung auch für die kommenden Jahrhunderte gesichert.

In dieser Form wurde die cond. ex can. Red. in Deutschland rezipiert, so findet sie sich in den für die Praxis des Reichskammergerichts maßgebenden Schriften von Mynsinger,[2]) Gylmann,[3]) Gaill[4]) u. a. m. Trotz mancher Angriffe, die die condictio insbesondere im 17. Jahrhundert von Giphanius und Böttcher

---

[1]) vgl. Bruns, Recht S. 176 ff., 220 ff.

[2]) Mynsinger, observ. III, 85 Anm. 2.

[3]) Gylmann, Symphor. I, 1, 7 vot. 3 n. 4, 5.

[4]) Gaill, observ. II, 75.

zu bestehen hatte, blieb ihr Herrschaftsbereich uneingeschränkt, ganz besonders, nachdem in dieser Zeit für sie die Bezeichnung actio spolii aufgekommen und hiermit in der formellen Behandlung des ganzen Klagerechtes durch seine Loslösung von dem unsicheren Boden seiner Entstehung eine bedeutende Veränderung eingetreten war.

Was nun die rechtliche Natur der actio spolii betrifft, so interessiert hier am meisten die Frage nach den zulässigen Einreden. Die Klage ist oben als eine possessorische bezeichnet worden. Sie ist eine solche im weitesten Sinne: Kläger ist nicht nur der Besitzer, sondern auch der Detentor, Verklagter nicht nur der Spoliant, sondern jeder Nachfolger, wenn er spolii conscius ist.[1]) Klagegrund ist jede Art der Widerrechtlichkeit. Insbesondere bezüglich der Zulässigkeit petitorischer Einreden herrscht großer Streit.[2]) Ich möchte hierin der wohlbegründeten Ansicht von Bruns folgen, daß „alle petitorischen Einreden, also namentlich des Eigentums, ausgeschlossen sind". Auf seinen Titel kann der Beklagte sich nur zum Beweise seines Erwerbsgrundes gegenüber dem Spolium des Klägers berufen, wogegen dem Kläger die Replik, der Beklagte habe spolii conscius vom Spolianten erworben, offensteht.

---

[1]) Nach weitergehender Meinung jeder, der diese Sache ohne Rechtsgrund besitzt, nach der am weitesten gehenden jeder Besitzer, selbst der bonae fidei possessor.

[2]) vgl. Bruns, Besitzklagen S. 214 ff., 259 ff.

Über die Ausschließung petitorischer Einreden scheint in der Praxis kein Zweifel zu bestehen.[1]) Für die ältere Zeit des gemeinen Rechts lassen sich eingehende Entscheidungen darüber zwar nicht finden,[2]) doch in jüngeren partikularrechtlichen Entscheidungen[3]) findet diese Ansicht wiederholt übereinstimmende Begründung. Ganz besonders ist auf die in Bd. 5 der Entscheidungen des Reichsgerichts (S. 42) enthaltene Entscheidung hinzuweisen, die sich über die Unzulässigkeit petitorischer Widerklagen im Spolienprozesse verbreitet.

Nur in einem einzigen Falle sollte die exceptio dominii gelten, nämlich dann, wenn das Spolium vom Eigentümer gegenüber seinem Detentor, z. B. dem Depositar, begangen ist. Doch ist dieser einzige Fall durchaus als eine aus praktischen Erwägungen zugelassene Ausnahme anzusehen und beweist nichts für den Zusammenhang des Anspruches aus dem Spolium und dem Eigentumsrechte oder gegen die Unzulässigkeit einer Widerklage aus Eigentum im allgemeinen gegenüber dem Anspruche aus dem Spolium.

---

[1]) Bruns a. a. O. S. 260.

[2]) Seuffert Bd. 24 S. 212 Nr. 35; Matthiae, controv. Lex s. spol. V, 4.

[3]) OLG. Celle Bd. 37 S. 290; Annalen des OAG. Dresden (n. F.) Bd. 2 S. 268; Sächs. Annalen Bd. 24 S. 212 u. 35, Bd. 31 S. 111, Bd. 41 S. 261; RG. Bd. 5 S. 42, Bd. 23 S. 94.

III. Actio Publiciana.

Wie die gesamte Besitzes- und Eigentumslehre überhaupt, ist auch die actio Publiciana mit dem justinianischen römischen Rechte aufgenommen und gemeinrechtlich geworden. Sie hat ihre alte Gestalt unverändert beibehalten. Petitorische Einreden stehen mit dem auf die actio Publiciana sich gründenden Anspruche in engem Zusammenhange; ihre Geltendmachung sowie das Vorbringen petitorischer Widerklagen ist daher im gemeinen Rechte ebenso wie im römischen Rechte im weitesten Umfange zulässig.

§ 5.

Geltendes Recht.

Durch § 33 wird für die Erhebung der Widerklage das Erfordernis rechtlichen Zusammenhanges zwischen dem Anspruche der Klage und dem der Widerklage oder dem gegen den Klageanspruch vorgebrachten zulässigen Verteidigungsmitteln statuiert.

Um die Frage des rechtlichen Zusammenhanges zwischen dem Anspruche aus Besitz und dem aus dem Rechte auf Besitz oder den dagegen als zulässig vorgebrachten Verteidigungsmitteln entscheiden zu können, bedarf es zuvor der Begrenzung der Besitzklagen.

Während der Mangel eines klaren Besitzes und Besitzschutzbegriffes im römischen Rechte zur Abrundung

der Darstellung die Heranziehung der possessorischen Kondiktionen, Aktionen und der prätorischen Restitution geeignet erscheinen ließ, werden bei der Behandlung der Besitzansprüche nach geltendem bürgerlichen Rechte die dem Besitze nicht allein und unmittelbar, sondern nur nach allgemeinen Grundsätzen gewährten Rechtsbehelfe von der Darstellung ausgeschaltet werden können. Hierzu gehören insbesondere die in den §§ 812 u. 823 BGB. enthaltenen Ansprüche auf Herausgabe des Besitzes nach allgemeinen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung und auf Schadensersatz wegen Verletzung des Besitzes nach den allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen. Vielmehr sind nur die in den §§ 861, 862, 863, 867 u. 1007 BGB. gewährten Ansprüche zu betrachten. Die Frage des Zusammenhanges der in diesen Gesetzesbestimmungen gewährten Besitzansprüche mit dem Anspruche aus dem Rechte zum Besitze wird durch die Bestimmungen des materiellen Rechts geregelt.

Der Anspruch wegen Besitzentziehung aus § 861 ist auf Wiedereinräumung des fehlerhaft erlangten Besitzes gerichtet.

Neben Entziehung durch verbotene Eigenmacht wird zunächst Besitz des Klägers bis zur Entziehung vorausgesetzt. Im Falle eines Besitzgehilfenverhältnisses nach § 855 BGB. ist nur der Besitzherr, nicht der Gehilfe aktiv legitimiert.[1])

[1]) Fischer-Henle Anm. 4 zu § 861.

Ferner wird gegenwärtiger Besitz des Beklagten gefordert, denn er allein kann den Besitz wieder einräumen. Darum ist der in den Motiven (Bd. 3 S. 124) ausgesprochenen Ansicht beizupflichten, daß der Beklagte, wenn er sich während des Prozesses des Besitzes entäußert, von der Besitzklage „bis auf die Haftung für die Kosten des Verfahrens" frei werde. Dasselbe wird für den Fall unfreiwilligen Besitzverlustes anzunehmen sein.[1]) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der augenblicklich Dejektierte selbst im letzten Jahre vor der gegenwärtigen Entziehung den Besitz vom Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger fehlerhaft erlangt hatte (§ 861 Abs. 2). Die Handlung des Beklagten enthält zwar formell eine Rechtswidrigkeit, doch ist der Grund dieser natürlichen Bestimmung, wie die Motive (Bd. 3 S. 125) erklären, darin zu finden, daß der durch die Handlung herbeigeführte Besitzstand doch nur ein solcher ist, wie er bestehen würde, wenn von keiner Seite eigenmächtig verfahren wäre. Durch die Bestimmung, daß der fehlerhafte Besitz des Klägers im letzten Jahre vor der Entziehung des Beklagten erlangt sein mußte, oder — vom Standpunkte des Beklagten aus betrachtet — daß Beklagter innerhalb eines Jahres die Eigenmacht des Klägers mit Eigenmacht erwidert haben muß, wenn der Anspruch des Klägers ausgeschlossen sein soll, wird es,

---

[1]) Planck S. 48 f.; dagegen Biermann, Das Sachenrecht des BGB., Erl. 26 zu § 861.

wie die Protokolle (Bd. 3 S. 43 f.) beabsichtigen, dem Kläger unmöglich gemacht, bei Geltendmachung seines Anspruches nach Ablauf eines Jahres seit der eigenen Erlangung fehlerhaften Besitzes den Zeitpunkt hierfür derartig zu wählen, daß nach § 864 Abs. 1 BGB. der Anspruch des Beklagten bereits präkludiert, d. h. der Einwand fehlerhaften Besitzes dem Beklagten abgeschnitten ist.

Auf gleicher Grundlage beruht der Anspruch aus § 862 wegen Störung des Besitzes. Daher ist eine Verbindung beider Klagen zulässig.[1]) Notwendige Voraussetzung ist zunächst gegenwärtiger Besitz. Bei Besitzverlust gilt das bereits für den Fall der Besitzentziehung Gesagte. Sodann muß der Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört, d. h. es muß die reale Herrschaft über die Sache durch ein gegenwärtiges der Ausübung hinderliches Verhalten beeinträchtigt sein. Dies ist auf zweierlei Art möglich: Es kann in sinnfälliger Weise eine in die Gegenwart der Sache fortdauernde Veränderung herbeigeführt werden, so z. B. durch Halten einer dauernden Anlage oder durch die wiederholte Vornahme der gleichen störenden Handlung im Gebiete fremden Besitzes; der Anspruch des Klägers ist dann auf Beseitigung dieser Störung gerichtet. Eine

---

[1]) Die Gleichartigkeit beider Klagen äußert sich auch darin, daß eine unpassende Benennung des Klagegrundes materiell und prozessual außer Ansatz bleibt (Mot. Bd. 3 S. 126).

Störung kann ferner in der Weise verursacht werden, daß auf Grund eines einmaligen Eingriffes in fremden ruhigen Besitz die Besorgnis drohender Störung erregt wird;[1]) dann geht der Klaganspruch auf Unterlassung dieser künftigen Störung.[2])

Der Anspruch wendet sich gegen den Störer oder gegebenenfalls gegen den Auftraggeber.[3]) In gleicher Weise wie bei der Klage wegen Besitzentziehung setzt auch hier der Einwand fehlerhaften Besitzes voraus, daß der Besitzer selbst gegenüber dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger fehlerhaft besitze und den Besitz innerhalb Jahresfrist vor der Störung erlangt habe (§ 862 Abs. 2).

Die in den §§ 861 u. 862 gewährten Ansprüche aus verbotener Eigenmacht sind rein possessorischer Natur. Daß Kläger sein Vorbringen nur auf den Besitz stützt, ist eben gezeigt. Hinsichtlich der Einwendungen des Beklagten sagt das Gesetz ausdrücklich in § 863, daß gegenüber dem Anspruche wegen Entziehung und Störung des Besitzes die Berufung auf ein Recht zum Besitze

---

[1]) vgl. Planck S. 51; Endemann S. 181.

[2]) Handelt der Schuldner dieser Verpflichtung zuwider, so kann er nach ZPO. § 890 nach vorheriger Androhung bestraft und zur Sicherheitsleistung verurteilt werden.

[3]) Fischer-Henle Anm. 4 § 862; Planck S. 51. Bei nur wörtlicher Besitzstörung, d. h. für den Fall des bloßen Bestreitens, hat der Besitzer die Feststellungsklage nach ZPO. § 256; im Sinne dieser Vorschrift wird der Besitz als „Rechtsverhältnis“ aufzufassen sein. Vgl. Dernburg, Das bürgerl. Recht Bd. 3 S. 83 f.

unzulässig ist. Der Mangel eines Zusammenhanges zwischen den Besitzansprüchen aus §§ 861, 862 BGB. und dem Besitzrechtsanspruche wird also für das bürgerliche Recht durch die positive Vorschrift des § 863 BGB. statuiert. Ein petitorischer Einwand vermag das auf rein possessorischer Grundlage beruhende klägerische Vorbringen nicht zu treffen. Nur insoweit der Beklagte darauf abzielt, durch Geltendmachung eines Rechtes zur Sache den Nachweis zu führen, daß ein von dem Gesetze vorgesehener Ausnahmefall gestatteter Selbsthilfe vorliege, und dadurch dem klägerischen Anspruche die Grundlage zu entziehen, müssen petitorische Einwendungen zugelassen sein.

Dieses Prinzip erleidet eine einzige Ausnahme im Falle des § 864 Abs. 2, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß der eigenmächtig begründete Besitzstand dem materiellen Rechte des Täters entspricht.

Der Besitzanspruch erlischt hierdurch. Eine possessorische Restitution mit einer ihr folgenden, dem materiellen Rechte entsprechenden Restitution würde ein unnötiger Umweg sein.[1])

Es ist jedoch wesentlich, daß hier weder ein vorläufig vollstreckbares Urteil noch eine einstweilige Verfügung genügt. Da nämlich nach § 322 ZPO. Urteile

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 131; ferner u. a. Hussong im Recht Jahrg. 4 Heft 21 S. 528.

nur insoweit der Rechtskraft fähig sind, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist, so kommt die im § 864 Abs. 2 geforderte Feststellung nur dann in Betracht, wenn sie auf Grund einer Klage oder Widerklage erfolgt ist. Dabei ist es belanglos, wann im Vergleiche zum Besitzstreite der Rechtsstreit über das Recht des Täters anhängig geworden ist.[1])

Mit dem Eintritte der Tatsache der Rechtskraft wird jeder Rechtsstreit erübrigt,[2]) die bereits anhängige Besitzklage erledigt.

Es ist noch einmal zusammenfassend festzustellen, daß ebenso wie in dem einzigen Falle der Zulässigkeit der Eigentumseinrede gegenüber der condictio possessionis bei Liquidität und im gemeinen Rechte gegenüber dem Spolium bei Detention auch hier nur ausnahmsweise die Zweckmäßigkeit die Zulässigkeit petitorischen Vorbringens in diesem einzigen Falle veranlaßt hat. Grundsätzlich ist im Besitzstreite der §§ 861 u. 862 die

---

[1]) Entw. 1 § 823 Abs. 1 hielt es noch für notwendig, die selbstverständliche Zulässigkeit eines Parallelismus von Besitzstreit und Rechtsstreit zu erwähnen. Von der 2. Kommission ist dieser Satz gestrichen.

[2]) vgl. Biermann Erl. IIIa zu § 864; Planck Erl. IIa zu § 864. Dagegen Dernburg S. 87 Anm. 5; OLG. Dresden in Sächs. Annalen Bd. 22 S. 323.

[3]) vgl. Bekker, Besitz beweglicher Sachen S. 1; Biermann S. 1; Biermann S. 864, 3a; Hellwig, Lehrb. d. ZPO. Bd. 1 S. 208 Anm. 59. Dagegen Planck a. a. O. S. 55.

Geltendmachung eines Rechtes zum Besitze nach § 863 unzulässig.

Ein weiterer Besitzanspruch ist im Falle des § 867 dem Besitzer[1]) einer beweglichen Sache gegeben, welche auf ein im Besitze eines anderen befindliches befriedetes Grundstück gelangt ist. Der im § 867 gewährte Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegnahme steht zunächst dem unmittelbaren Besitzer, unter den Voraussetzungen des § 869 auch dem mittelbaren Besitzer, nicht aber dem Besitzgehilfen[2]) zu. Diese Bestimmung sollte eine unbillige Lücke im Gesetze ausfüllen. Der bisherige Besitzer nämlich darf ohne Erlaubnis des Grundstücksbesitzers das Grundstück nicht betreten; auch sind für ihn, solange die Sache weder vom Grundstücksbesitzer noch von einem Dritten in Besitz genommen ist, gegen den Grundstücksbesitzer weder die Voraussetzungen des § 861 noch etwa der §§ 985 oder 1007 gegeben. Hier hilft nun § 869, der nach den Protokollen (Bd. 3 S. 165 f.) gerade dann Platz greifen soll, „wenn die Voraussetzungen der rei vindicatio nicht vorlägen, weil der Besitzer des Grundstücks die Sache nicht in seinen Besitz genommen hat". Zwei Voraussetzungen müssen also für die Anwendung des § 867 gegeben sein: Zunächst die positive, daß eine bewegliche Sache aus dem Gewahrsam des Besitzers in den

---

[1]) Ebenso für den Eigentümer in § 1005 BGB.

[2]) A. M. Biermann, E. R. L. zu § 867.

Bereich eines fremden Grundstückes gelangt ist, und die negative, daß die abhanden gekommene Sache weder von dem Grundstücksbesitzer noch von einem Dritten bis zur Geltendmachung des Anspruchs auf Gestattung aus § 867 in Besitz genommen ist. Der Anspruch ist gegen den unmittelbaren Besitzer des Grundstückes gerichtet. Die 2. Kommission hat, wie Protokolle (Bd. 2 S. 165) erweisen, es ausdrücklich abgelehnt, auch dem mittelbaren Besitzer, dem nichtbesitzenden Eigentümer, die Gestattungspflicht aufzuerlegen, nicht nur, weil er aus mangelnder Kenntnis von dem Vorfalle meistens nicht in der Lage sein werde, die Aufsuchung zu verbieten, sondern weil es regelmäßig auch für ihn von keinem Interesse sein wird, „die auf Wiedererlangung abhanden gekommener Sachen gerichteten Handlungen zu untersuchen, weil er hierdurch in der Ausübung seines Eigentums nicht gestört werde".[1]) Die Klage geht ebensowenig gegen den Besitzdiener.[2])

Dem Gestattungsanspruche kann der Grundstücksbesitzer zunächst eine aufschiebende Einrede entgegensetzen, „wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist", solange nämlich, bis ihm nach den §§ 232 f. BGB. Sicherheit in Höhe des zu erwartenden Schadens geleistet ist. Diese Einrede schließt der Kläger durch den Beweis, daß mit dem Aufschube der Gestattung

[1]) vgl. dagegen Gierke a. a. O. S. 56 Anm. 59; Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB., Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 69.

[2]) vgl. Fischer-Henle Anm. 3 § 867.

Gefahr verbunden sei, aus. Es ist nur billig, daß er jeden dem Grundstücksbesitzer durch Aufsuchung und Wegschaffung zugefügten Schaden ohne Berücksichtigung irgendwelchen Verschuldens zu ersetzen hat.

Dem Grundstücksbesitzer steht ferner eine peremtorische Einrede zu. Zwei der zu dem § 867 in der zweiten Kommission[1]) eingebrachten Abänderungsanträge wollten dem Grundstücksbesitzer die ausdrückliche Möglichkeit gewähren, ein Recht in Ansehung der Sache in Anspruch zu nehmen. Zwar trat man diesen Anträgen mit Bedenken gegenüber, weil, „wenn der Besitzer des Grundstücks den Besitz der beweglichen Sache nicht ergriffen habe, in Ansehung derselben jedoch ein Recht in Anspruch nehme“,[2]) für den Eigentümer weder die rei vindicatio noch der Anspruch aus § 867 gegeben sei, und so wurde beschlossen, nur den Gedanken zum Ausdruck zu bringen, daß zur Anwendung des § 867 die bereits erwähnte negative Voraussetzung notwendiges Erfordernis sein solle.

§ 867 in seiner jetzigen Gestalt läßt jedoch die Auslegung, daß vom Grundstücksbesitzer petitorische Einwendungen erhoben werden könnten, deshalb zu, weil die in den §§ 863 u. 864 aufgestellte Regel grundsätzlicher Unzulässigkeit des Vorbringens eines Rechtes zum Besitze sich nach ihrem Wortlaute nur auf die

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 164f.

[2]) vgl. S. 166.

§§ 861 u. 862 bezieht, und eine Ausschließung von Rechtseinwänden auch in anderen Fällen ihre besondere Erwähnung an der entsprechenden Stelle erfordert hätte. Da das für § 867 nicht geschehen ist, wird anzunehmen sein,[1]) daß entgegen der vermeintlichen Absicht des Gesetzgebungsorganes vielmehr aus dem Zusammenhange des Gesetzes heraus zu folgern ist, daß es dem Grundstücksbesitzer freisteht, ein Recht in Ansehung der auf sein Grundstück gelangten Sache in Anspruch zu nehmen.

Damit verliert der Anspruch aus § 867 seine rein possessorische Natur, und es bleibt vorderhand der Kreis der zum Besitzprozesse gehörigen Klagen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die Schutzmittel aus § 861 u. 862 beschränkt.

Es ist schließlich noch der auf älteren Besitz gegründete Anspruch des § 1007 BGB. zu behandeln.

Der erste Entwurf schloß sich in der Gestaltung dieses Anspruches der publizianischen Klage des römischen Rechtes, wenn auch nur für die beweglichen Sachen, an. Die zweite Kommission folgte dagegen durchaus deutschrechtlichen Anschauungen. Die Klage aus § 1007 ist, wie die deutsche Fahrnisklage aus älterer Gewere, eine Klage um bewegliche Sachen aus früherem Besitze.[2]) Sie steht jedem Besitzer, nicht bloß dem Eigentümer zu,

---

[1]) vgl. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 867.

[2]) vgl. Gierke a. a. O. S. 50f.; Pflüger, Die Verfolgung beweglicher Sachen nach d. Entw. d. BGB., in Jherings Jahrb. Bd. 3 S. 451.

also, wie die Protokolle (a. a. O.) ausdrücklich hervorheben auch dem Mieter, Finder, Pächter, Entleiher, Verwahrer. Auch der mittelbare Besitzer kann sich ihrer bedienen, nicht aber der Besitzgehilfe. Dem Kläger bleiben zwei Möglichkeiten zur Begründung des Anspruches aus § 1007; entweder weist er bösen Glauben des Beklagten beim Besitzerwerbe nach, oder er behauptet eigenen unfreiwilligen Verlust des Besitzes. Im ersten Falle ist es Sache des Klägers, darzutun, daß Beklagter beim Erwerbe wußte oder grob fahrlässig nicht wußte, daß er zur Besitzergreifung nicht berechtigt war. Im zweiten Falle muß Kläger die Art seines unfreiwilligen Besitzverlustes entweder in seiner eigenen oder in der Person des Besitzmittlers beweisen, und dem Beklagten ist die Möglichkeit genommen, sich seinerseits auf guten Glauben zu berufen (§ 1007 Abs. 2). Die Klage richtet sich auch gegen den gegenwärtigen unmittelbaren und mittelbaren Besitzer.

Klagegrund ist allerdings der Besitz, jedoch es steht, wie Abs. 3 des § 1007 ausdrücklich durch Verweisung auf die entsprechende Anwendung der §§ 986 bis 1003 hervorhebt, dem Beklagten in jedem Falle frei, sich auf ein besonderes Recht zum Besitze zu berufen. Insbesondere kann er gemäß § 986 „die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem klagenden früheren Besitzer gegenüber zum Besitze berechtigt ist“.

Es ist, abgesehen von allen weiteren Verteidigungsmöglichkeiten, nur noch darauf hinzuweisen, daß der gutgläubige Besitzer, ebenso wie der Beklagte bei der Fahrnisklage[1]) des älteren deutschen Rechtes, gegenüber dem auf unfreiwilligen Verlust gestützten Anspruche behaupten kann, daß er Eigentümer der Sache sei. Hieraus folgt, daß der Besitzanspruch aus § 1007 BGB. auf rein possessorischer Grundlage nicht beruht. Die Bedeutung des § 1007 liegt in der Darbietung eines erleichterten Eigentumsnachweises.

Im Gegensatz zu dem aus §§ 861, 862 BGB. gewährten Besitzansprüchen römischrechtlichen Ursprungs ist der ganz und gar der Fahrnisklage des deutschen Rechts entsprechende Anspruch aus § 1007 BGB. aus dem Kreise der Besitzansprüche auszuschalten.[2])

Aus der oben gegebenen Definition des rechtlichen Zusammenhanges und den bisherigen Ausführungen über die in den §§ 861, 862 gewährten Besitzansprüche geht zunächst hervor, daß zwischen letzteren und den Ansprüchen aus dem Besitzrechte zwar ein tatsächlicher

---

[1]) vgl. System Schöffenger. III, 2 Kap. 96, Kulm III, 130 u. 129; Lübisches Recht Cod. II Art. 82: Richtsteig 17 § 3; Sachsensp. II, 36 § 5; Weichbild d. Berl. Handschr. Art. 70 § 2; Richtsteig III, 3; vgl. hierzu Gierke, Fahrnisbesitz S. 71; Huber, Festschrift S. 18; Heusler, Inst. Bd. 2 S. 211f.; Delbrück, Dingl. Klage S. 42f.

[2]) vgl. Gierke a. a. O. S. 65; Dernburg S. 386; Hellwig S. 208f. u. a. a. O.

Zusammenhang wegen der Identität des Objektes vorhanden ist, ein rechtlicher Zusammenhang jedoch fehlt. Da sich daraus aber auch ferner ergibt, daß nach § 863 BGB. der Eigentumsanspruch als Verteidigungsmittel gegenüber den Besitzansprüchen aus §§ 861, 862 nicht zulässig ist, sondern in dem auf diese Ansprüche sich gründenden Besitzprozesse nur rein possessorische Einwendungen wirksam vorgebracht werden können, ist schließlich erwiesen, daß der Eigentumsanspruch auch mit den gegenüber den Besitzansprüchen zulässigerweise vorgebrachten Verteidigungsmitteln nicht im rechtlichen Zusammenhange steht.

Somit folgt mit Notwendigkeit für das heutige bürgerliche Recht,[1]) ebenso wie es für das römische und gemeine Recht nachgewiesen worden ist, die Unzulässigkeit der Widerklage aus Eigentum im Besitzprozesse.

---

[1]) vgl. Wilmowsky-Levy S. 347; Seuffert S. 305; Meyer S. 457ff.; Förster S. 57; Planck Anm. 4 zu § 863 S. 53; Förster-Eccius Bd. 1 § 50 S. 282 Nr. 29, Bd. 3 § 162 Nr. 28 S. 87; Krahé S. 48; Hussong S. 528.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Als Sohn des Kgl. Kommerzienrats Adolf Sternberg und seiner Ehefrau Mathilde, geb. Blau, bin ich, Kurt Sternberg, am 19. August 1884 in Rawitsch i. P. geboren. Ich besuchte in Breslau, dem Wohnsitze meiner Eltern, das Gymnasium zu St. Maria Magdalena und erhielt zu Ostern 1903 das Reifezeugnis. Zum Studium der Rechts- und Staatswissenschaften hörte ich darauf an den Universitäten Freiburg i. B., Berlin, Lausanne und Breslau die Vorlesungen der Herren Professoren Eisele, Schmidt, v. Schultze-Gävernitz, Gierke, Kohler, Brunner, Liszt, Wagner, Hellwig, Hübler, Kuhlenbeck, Reiß, Brie, Dahn, Leonhard, Fischer, Gretener und Jörs. Es ist mir Bedürfnis, den Herren Universitätslehrern, deren Unterricht ich genossen, an dieser Stelle meinen Dank für wissenschaftliche Förderung auszusprechen. Vor allem gebührt mein Dank den Herren Geheimräten Prof. Dr. Leonhard und Fischer für die mir bei Anfertigung dieser Arbeit gewährte Anleitung.

Am 22. Oktober 1906 bestand ich die erste juristische Prüfung an dem Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau und wurde am 1. November 1906 bei dem Kgl. Amtsgericht

zu Schmiedeberg i. R. als Referendar verpflichtet. Vom 1. Oktober 1907 bis 1. Oktober 1908 genügte ich meiner Militärpflicht bei dem Kgl. Bayr. Chevaulegersregiment „König“ in Augsburg. Darauf setzte ich meine Tätigkeit als Referendar fort und bin seitdem bei dem Kgl. Landgericht in Breslau beschäftigt.